This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 097 742 399

Received
Dec. 12, 1888.

Die Lehre

vom

titulus und modus adquirendi,

und von der

iusta causa traditionis.

Von

Dr. Franz Hofmann,

a. o. Professor an der Wiener Hochschule.

8°

Wien.

Verlag der C. J. Manz'schen Buchhandlung.

1873.

Rec. Dec. 12, 1888.

Meinem gütigen Lehrer

Ludwig von Arndt

in

Verehrung und Dankbarkeit

zugeeignet.

I.

Das Dogma

vom

titulus und modus adquirendi.

Die älteren Ansichten über die Erfordernisse der Tradition, von denen in dem zweiten Aufsatz die Rede sein wird, hängen auf das engste zusammen mit der allgemeineren Lehre vom titulus und modus adquirendi; mag es deshalb gestattet sein, an dieser Stelle Einiges zur Geschichte der letzteren beizubringen. Hugo, der diese Lehre bekanntlich vernichtet hat, interessirte sich für ihre Herkunft so sehr, daß er eine darauf abzielende Preisfrage ausschrieb[1]) und später nochmal[2]) den Wunsch aussprach, es möchte Jemand den Spuren dieses Dogma nachgehen und seinen Ursprung aufsuchen.

Dies die Veranlassung der in den folgenden Seiten niedergelegten Studie, die insofern nicht ganz überflüssig sein dürfte, als über den Gegenstand derselben viele unrichtige und unklare Vorstellungen verbreitet sind. Zunächst was das Alter des fraglichen Dogma betrifft, so wird es bald unter-, bald überschätzt; indem man es bald als dem vorigen Jahrhundert angehörig bezeichnet,[3]) bald bis in die Glossatorenzeit zurückverlegt:[4]) beides ohne Grund. Ebenso ist man geneigt,

---

[1]) Mit welchem Erfolge ist mir unbekannt; aber nach seinen eigenen Aeußerungen muß man annehmen: — mit keinem genügenden.

[2]) Civilist. Magazin, IV. Bd. (1813) S. 157.

[3]) Dies tut implicite Thibaut (s. Note 6). — Dernburg's Aeußerung (Lehrb. d. preuß. P. R., I. S. 383): „Nach der im vorigen Jahrhundert herrschenden Theorie" ... ist richtig, könnte aber leicht dahin mißverstanden werden, als ob sie den früheren Jahrhunderten unbekannt gewesen wäre.

[4]) So Regenbrecht p. 35: „Doctores, qui inde a Glossatorum aetate ad quamlibet dominii acquisitionem titulum et modum requirebant tamquam duo momenta, quorum altero ius ad rem, altero ius in re constitueretur." Wie falsch diese, aus der Luft gegriffene, Behauptung ist, wird sich aus dem folgenden ergeben.

seine Verbreitung zu überschätzen.[5]) Sehr verbreitet war es nur im vorigen Jahrhundert, und auch da doch zumeist nur in Deutschland, und selbst hier war es keineswegs allgemein angenommen; dagegen hat sich z. B. die niederländische Jurisprudenz größeren Teils davon frei erhalten. Ebensowenig darf man dabei an eine feststehende, d. h. ihrem Inhalte nach unveränderliche Schultradition denken; vielmehr gingen gerade in der Zeit der größten Verbreitung die Ansichten darüber, wie man sich das Verhältniß von Titel und Modus zu denken und auf welcherlei Rechtserwerb man beide zu beziehen habe, weit genug auseinander. Alles dieses nun dürfte am besten dadurch richtig gestellt werden, daß wir die Geschichte unseres Dogma rückschreitend verfolgen. Zu diesem Zwecke wollen wir drei Perioden scheiden, deren mittlere vom Anfang des 16. bis gegen das Ende des 17. Jahrhunderts reicht, womit von selbst jene Begrenzung der beiden anderen Perioden gegeben ist, auf die allein es hier ankommt. —

A. Thibaut hat gelegentlich[6]) die Regeln über titulus und modus adquirendi „Philosopheme der Wolf'schen Schule" genannt. Dies ist nun zwar insoferne richtig, als die Schüler Wolf's das fragliche Dogma zur herrschenden Lehre machten; und auch insoferne, als es schon bei Wolf selbst sich findet; nicht aber in dem Sinne, als ob es von ihm besonders betont, am wenigsten aber in dem Sinne, als ob es von ihm erfunden worden wäre.

Sowol in seinen Inst. jur. naturae et gentium, als in seinem achtbändigen „Jus naturae"[7]) (diesem Denkmal unvergleichlicher Platitüde) ruht bei der Darstellung des Eigentumserwerbes (J. N., v. II.) der Nachdruck so sehr auf den „modi acquirendi dominii," daß man glauben könnte, Wolf sei überhaupt an der berüchtigten Generalisirung jenes Begriffpaares unschuldig, stünde nicht im I. Bd. des J. N. folgende Stelle (p. 70 sq.): „§. 112. Modus acquirendi est factum, quo iuris reddimur participes." So sei die Zeugung der modus, durch welchen die väterliche Gewalt erworben werde! Dieses Beispiel

[5]) Wozu eine (von Warnkönig im Arch. f. civ. Pr. VI. Bd. S. 112, N. 1 mitgeteilte) Aeußerung Toullier's Anlaß gab. (Vgl. Unger II., S. 8, N. 25).

[6]) Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechtes (2. Ausg. 1817) I., S. 184.

[7]) Die Veröffentlichung dieser Werke fällt zwischen 1740 und 1750.

schon zeigt, daß Wolf dem Dogma den weitesten, über die dinglichen, ja über die Vermögensrechte hinausgehenden Umfang gab.

„§. 113. Titulus est ratio legalis, per quam patet factum quoddam tale ius parere posse.“ Bei der Occupation sei der „titulus“ die „lex naturae, quod occupatione rerum nullius acquiratur dominium.“ Im II. Bd. §. 773, Note heißt es: die Occupation sei titulus und modus zugleich; modus als nackte Tatsache, titulus als rechtlich qualificirte Tatsache betrachtet (d. h. als eine solche, mit welcher das objective Recht eine Wirkung verbindet).[8])

Bei der Ersitzung (J. N. III., p. 717 und Instit. p. 245 §. 454) wird der Tit. justus definirt als solcher „qui infert nudam possibilitatem iuris acquisiti . . ., non vero ipsam actualem acquisitionem;“ und das „ius in re“ wird dem „ius ad rem“ in der Art entgegengestellt, daß „iure ad rem acquiri potest ius in re“ (J. N. III. Bd., §. 783 ff., p. 552 sq.). — Dies Alles hängt mit den Grundanschauungen der Wolf'schen Philosophie auf das innigste zusammen. Der Ausgangspunkt derselben ist ja überall der Gedanke: Nur das Widerspruchlose, also Mögliche, kann sein. Zu der Möglichkeit muß aber noch etwas Anderes hinzukommen, damit sie zur Wirklichkeit werde. Wolf's ganze Art zu philosophiren besteht in immerwährendem Operiren mit den Sätzen des ausgeschlossenen Widerspruchs und des zureichenden Grundes „wobei er die Widerspruchlosigkeit einer Vorstellung mit der realen Gültigkeit ihres Inhaltes immerfort verwechselt.“[9])

Diejenigen Schriftsteller, denen das Dogma vom Titulus und Modus vielleicht am meisten seine Herrschaft in der civilistischen Literatur des vorigen Jahrhunderts verdankt, sind Daries und Heineccius. — Joach. G. Daries (1714—1791) war „der bedeutendste und erfolgreichste Schüler Wolf's.“[10]) Während dieser sich damit begnügte, im allgemeinen Teil die Regel in größter Allgemeinheit auszusprechen, ohne dann weiter von ihr ernstlichen Gebrauch zu

[8]) In den Instit. p. 117 unterscheidet er von der occup. als dem modus, das ius occupandi.

[9]) Vgl. E. Reinhold, Geschichte der Philosophie (4. Aufl.) II. Bd. S. 368 ff. (§. 198 ff.).

[10]) Stahl, Rechtsphil. I., S. 184.

machen, schränkt Daries sie auf den Erwerb der dinglichen Rechte ein, und legt sie namentlich der Darstellung des Eigentumserwerbes zu Grunde. In den Institut. jurispr. universalis (1740, dann 1764) sagt er (§. 461, p. 239): „Sine titulo atque modo acquirendi nemo ius in re[11]) quadam habere potest.“ Wer den Erwerb eines dinglichen Rechtes beweisen will, „indicare debet primo factum, quo eiusmodi ius acquisivit, et deinde: eiusmodi factum continere determinatae acquisitionis rationem sufficientem. Ratio haecce est caussa acquisitionis remota, factum vero illud eiusdem acquisitionis caussa proxima dicitur. Caussa remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi.“

Heineccius stellt in den Elem. jur. sec. ordin. instit. (1725, in der Genfer Gesammtausgabe von 1768 im V. Bd.) §. 332 das „ius in re“ und das „ius ad rem“ (letzteres bei ihm soviel wie obligatio) und dann im §. 338 ff. titulus und modus einander so gegenüber, daß der Titel ein ius ad rem erzeuge, welches durch Hinzutreten des Modus in ein ius in re sich verwandle.

Wie verbreitet diese Lehre im vorigen Jahrhundert war, ist zu bekannt, als daß es eines Nachweises bedürfte. Es genügt Namen wie Berger, Nettelbladt (1719—1791), Hellfeld (1717—1782), Klein (1743—1810), Dabelow und Höpfner (1743—1797) zu nennen. Der Einfluß der Wolf'schen Philosophie tritt bei den Zuletztgenannten sehr deutlich hervor. Vgl. Dabelow, Einl. in die deutsche pos. R. W. (1793) §. 810: „Erwerbungsart eines Rechtes (modus acquirendi ius) ist die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht erlangt. §. 811: Titel (titulus iuris acquisitivus) heißt der gesetzliche Grund, welcher die Erwerbung eines Rechts möglich macht u. s. w. — Höpfner, Instit. Com. §. 293: „Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will, so sind zwei Stücke nötig: ein rechtmäßiger Titel und ein modus adquirendi. Nämlich, es muß zuvörderst ein rechtlicher Grund vorhanden sein, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß aber noch

[11]) In den Instit. jurispr. priv. rom.-germ. (1749, 1766) trägt freilich auch er wieder die Lehre von der causa acq. proxima und remota beim Erwerb der Rechte überhaupt vor (p. 18, §. 34).

etwas Anderes kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen (?) wird. Jener rechtliche Grund heißt titulus; dieses andere .... modus adquirendi" ..... „Mein modus ... hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt" .... — Uebrigens ist Höpfner keineswegs derjenige, von welchem diese Lehre „zuletzt noch vorgetragen ward;"[12]) vielmehr ragt sie in unser Jahrhundert hinein. So unterscheidet Gesterding (1781—1841), L. v. Eigentum (1817) S. 62 „eine Handlung (modus acq. dom.)..., wodurch das Eigentum actu[13]) erworben wird;" und „den Rechtstitel oder die Möglichkeit, durch jene Handlung ein Eigentum zu erwerben." So auch noch K. H. v. Groß Naturrecht[14]) §. 134: „Es läßt sich kein erworbenes Recht denken ohne einen Erwerbtitel (tit. adq.) und eine Erwerbshandlung (modus adq.). Der Erwerbtitel ist der Rechtsgrund, warum durch ein Factum etwas erworben werden kann; das Factum selbst, wodurch vermöge des Titels etwas erworben wird, heißt die Erwerbhandlung." (Factum und Handlung sind ihm also Synonyma!)

Bemerkenswerter ist es, daß auch im vorigen Jahrhundert manche Juristen von unserem Dogma nichts wissen, so z. B. Hofacker (1749—1793). Ja C. O. Rechenberg (1689—1751) sagt ausdrücklich, titulus und mod. acq. sei einerlei.[15])

Was die Franzosen betrifft, so hat bei ihnen die Lehre von Tit. und Mod. niemals rechten Boden gewonnen und ist ihrem Pothier (1699—1772), dem Repräsentanten der französischen Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts ebenso unbekannt, wie dem Code Nap.[16])

Bekannt ist es, daß an der Scheide der zwei letzten Jahrhunderte Hugo und Thibaut das fragliche Dogma mit entscheidendem Erfolge angegriffen haben.[17]) Hugo im I. Bd. seines Magazins (1790),[18])

---

[12]) Wie Voigt, Condict., S. 174 sagt.

[13]) Ebenso spricht er S. 63 von „actuellem Erwerb des Eigentums."

[14]) Wovon die 6. Aufl. 1841 (nach des Verf. Tod) erschien.

[15]) S. Hugo Civil. Mag. IV., S. 160.

[16]) Vgl. L. Frey, Lehrb. d. französ. Civilr. I., §. 122, N. 3.

[17]) Thibaut nennt (S. 188) als Vorläufer einen Trendelenburg (sel. capita doctrinae de iure possessoris circa fructuum perc., Kil. 1775, §. 3), was aber Hugo (IV., S. 174—176) nicht recht gelten lassen will.

[18]) In der 2. Ausg. (1803) S. 83—88. Er hat daselbst namentlich gegen

Thibaut im Verſuch über einzelne Teile der Theorie des Rechts (I. Bd., 1798)[19]; dann und vorzüglich Hugo im IV. Bd. des Mag. (1812)[20]. Die erſten, die ſich ihnen anſchloſſen, waren Konopak (Inſtit. 1807, §. 207), Bucher (Syſtem der Pandekten 1811, §. 69),[21] und Seuffert, Erörterungen (1821) II., Nr. 3. Seither wurde jene Theorie faſt „allgemein als falſch und unhaltbar aufgegeben,“[22] ſo daß Sintenis ihre Erwähnung höchſtens noch in den Noten der Lehrbücher geſtatten möchte. Zuletzt wurde ſie nochmal (1834) kurz und gut kritiſirt von Fritz.[23] Dagegen ſind wieder neuerdings Stimmen zu ihren Gunſten laut geworden.

Soviel dürfte genügen zur Charakteriſtik der zwei letzten Jahrhunderte. Doch bevor wir unſere retroſpectiven Unterſuchungen fortſetzen, ſeien ſchon hier einige Bemerkungen geſtattet, welche zur Kennzeichnung dieſer Lehre weſentlich gehören und auch für das Folgende feſtzuhalten ſind. Es wurde ſchon angedeutet, daß unter den Anhängern derſelben keineswegs Uebereinſtimmung herrſche. Einmal geben ſie unſerem Dogma ein ſehr verſchiedenes Anwendungsgebiet: 1) Tradition (in dieſer Beſchränkung will es ſelbſt Hugo I. S. 85 und IV. S. 156, 163, 164, 178, gelten laſſen); 2) Tradition und Uſucapion (ſo Thibaut a. a. O., S. 187); 3) derivativer Eigentumserwerb (die Vertreter dieſer Anſicht ſind, wie wir ſpäter ſehen

---

Höpfner ausgeführt, daß er nicht bedenke, wie verſchieden der tit. bei der trad. von dem bei der usucapio iſt, und wie das Wort wieder etwas ganz anderes bedeuten müſſe, wenn man es auf alle dinglichen Rechte ausdehne, wo es dann conſequenter wäre, von allen Rechten überhaupt zu reden. „Alſo Forderung, wolerworbener Beſitz und Gedenkbarkeit liegen hier unter demſelben Worte verſteckt“ (S. 88).

[19]) Der Aufſatz (Nr. 11, in der 2. Aufl. 1817 S. 184—190) iſt ziemlich matt. Vgl. die krit. Bemerkungen Hugo's, IV., S. 176—182.

[20]) „Vollſtändige Darſtellung der Lehre von (justus) titulus und dem ſogenannten modus adquirendi“: Civ. Mag. IV., Nr. 6, S. 137—183.

[21]) Hugo IV., S. 182 ff.

[22]) Arndts §. 127.

[23]) Erläuterungen zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch, I. Bd. S. 249—253. Dieſe Kritik bedeutet einen Fortſchritt über die Hugo's hinaus durch den Nachweis, daß auch bei der Tradition jene Unterſcheidung nicht allgemein durchführbar iſt.

werden, besonders häufig); 4) aller Eigentumserwerb (so z. B. Gesterding); 5) Erwerb dinglicher Rechte (so Höpfner); 6) jeder Rechtserwerb überhaupt (so Wolf, Nettelbladt, Dabelow, Groß). Ja man findet, daß ein und derselbe Schriftsteller schwankt. So trägt Daries (wie schon erwähnt) in einem Werke das Dogma bei der Lehre vom Rechtserwerb überhaupt, in einem anderen beim Erwerb der iura in re vor. Hellfeld, Jurispr. forensis (3. Aufl. 1796, p. 191) sagt im §. 579 zwar ganz allgemein: „Acquisitio iuris realis praeponit titulum," fordert aber im §. 578 nur den modus ganz allgemein, den titulus bloß für die „translatio dominii." So wenig man hiernach über den Umfang der Lehre einig war, so wenig war man es über den Inhalt. Abgesehen davon, daß man mit den Worten titulus und modus eben sehr Verschiedenes in zwei allgemeine Begriffe zusammenzufassen suchte (vgl. Note 17), was zu sehr vagen, uebelhaften Vorstellungen führen mußte, ist nicht einmal in diesen vagen Vorstellungen eine Uebereinstimmung zu finden. Am häufigsten begegnet man den allgemeinen Kategorien der Möglichkeit und Wirklichkeit. Damit knüpfte Wolf (wie wir weiter unten sehen werden) an eine ältere Schultradition an, deren ursprünglicher Sinn ihm selbst und seinen Zeitgenossen schon entschwunden war. So aber hingestellt, ist es doch eine gar zu frostige Weisheit, die uns sagt: „in der Welt geschieht nichts Unmögliches"! Deßhalb fehlt es auch nicht an Versuchen einer Vertiefung. Bald (1) unterlegt man jener Formel den Gedanken an das syllogistische Verhältniß von Recht (im obj. S.), Tatsache und Berechtigung;[24]) bald (2) den anderen: daß titulus und modus sich verhalten wie Leib und Seele; daß das

[24]) So bei Daries Inst. jurispr. univ. §. 461, Note, wo er sagt: Der Nachweis eines dinglichen Rechtserwerbes sei ein Syllogismus: z. B.

„1) Qui hoc v. illud produxit factum, ille huius rei dominus.

2) Titius hoc v. illud pr. f.

ergo: 3) T. est huius rei dominus."

Doch ist er inconsequent genug, in der Note zu §. 463 von der occupatio zu sagen: sie sei modus und tit. zugleich. Er meint damit offenbar dasselbe, was Wolf (s. Text bei N. 8). Da war Höpfner consequenter, welcher den Rechtssatz: „R. null. ced. primo occup. hier als Titel aufführte (§. 293). — Vgl. Gesterding Eigent. S. 62: „Diese Möglichkeit (= Rechtstitel) liegt in dem Gesetz, welches macht, daß jene Handlung zum Erwerbe jenes Rechtes tauglich ist."

Tatsächliche eine ideellen Gehalt haben müsse, um wirksam zu werden auf dem Rechtsgebiete, und daß andererseits rein innerliche Vorgänge das Recht nicht berühren, das nur mit Apparirendem zu tun hat; und dabei im günstigsten Falle noch den weiteren Gedanken: daß ein dingliches Recht eines höheren Grades äußerer Erkennbarkeit bedürfe, als ein obligatorisches;[25]) bald (3) wieder begegnen wir dem Gedanken an eine innere Entwicklung der Berechtigung (ius ad rem — ius in re), welchem Gedanken ein weites Anwendungsgebiet zu schaffen nur dadurch möglich wurde, daß man keine Scheu trug, alles abstracte Dürfen den concreten Vermögensrechten an die Seite zu stellen; — ja selbst (4) an Solchen scheint es nicht gefehlt zu haben, welche jedem dinglichen Rechte einen Vertrag voraufgehend dachten. Alle diese Gedanken jedoch waren mehr geahnt als ausgesprochen.

Zur Illustrirung dieser bunten Meinungen wähle ich die Lehre von der occupatio. Da soll 1) der titulus bestehen in dem Satze: „res nullius cedit primo occupanti;“[26]) 2) wird die occupatio als „actus externus“ gefordert, weil der Wille (animus occupandi) auf dem Rechtsgebiete nicht genüge;[27]) 3) das ius occupandi[28]) sei

---

[25]) Diese Gedanken finden sich auch bei Grotius (Lib. II. cap. VI. §§. 1, 2) und bei Pufendorf (De iure naturae et gent. (1672) IV., c. 9, §. 3), obwol diese Philosophen nicht der Lehre vom Tit. und Modus anhingen.

[26]) So Höpfner (s. N. 24.) und sehr viele Andere.

[27]) S. z. B. Wolf J. N., II., §. 173, Note: Die O. vermittle den Uebergang einer Sache aus der communio primaeva in das Soubereigentum. Jeder habe gleiches Recht auf die Sache und da genüge „sua unicuique voluntas.“ An sich „sufficere videbatur actus voluntatis,“ aber zur praktischen Geltung bedürfe es eines „actus externus,“ damit die Anderen den Entschluß kennen, den sie zu respectiren haben. — Mit Recht bemerkt Thibaut (a. a. O., S. 188), daß, wenn man von diesem Standpunkte aus bei der Occ. tit. und modus herausbringen will, man sie „in das nudum factum occupationis und den animus sibi habendi auflösen“ müßte. Und wirklich hat dies Titius getan: „voluntas et conatus rem occupandi“ — das ist ihm der just. tit. der occup. —

[28]) So Wolf (s. hier N. 8. — Vgl. Ulr. Huber, Praelect. (3. Aufl. 1735, p. 94): „Occ. modus . . .; causa: potestas homini a Deo in res cunctas data.“ Man begreift, daß bei so weiter Spannung des Begriffes des subjectiven Rechtes es nur noch ein Unterschied im Ausdruck ist, ob man das objective oder das subjective Recht, den Rechtssatz oder das „Dürfen“ als Titel hinstellt. Deshalb

der Titel, der durch den modus (occupatio) sich in Eigentum verwandle; 4) der Erwerb des Occupirenden wurzle in einem „tacitus ceterorum consensus.“ [29]) Und auch da wieder begegnen wir der Erscheinung, daß ein und derselbe Schriftsteller, bald diesen bald jenen Gedanken mehr hervortreten läßt.[30]) Die meisten trugen kein Bedenken, als Titel bald einen Rechtssatz („das Gesetz“), bald Kauf, Darlehen, Schenkung aufzuführen (vgl. öster. a. b. Gb. §§. 424, 449; vgl. auch §. 533 und dazu die Randglosse „Titel zu dem Erbrechte.“) Gesterding aber, dem das Unlogische einer solchen Theorie nicht entging, der es aber dennoch nicht über sich bringen konnte, sie fallen zu lassen, gibt ihr folgende Wendung. Nachdem er (s. N. 24) das Gesetz als Titel bezeichnet hat, bemerkt er: „Bei gewissen Erwerbsarten kann man aber, außer diesem allgemeinen Rechtstitel, noch einen besonderen unterscheiden. Nämlich es gibt gewisse Arten des Erwerbes, in welchen der Handlung, wodurch das Eigentum erst wirklich erworben wird, ein gewisses Rechtsgeschäft vorhergehen muß, welches die Erwerbung durch jene Handlung rechtfertigt, indem es die Handlung zu einer solchen Erwerbsart tauglich macht.... Dies ist der Fall bei der Tradition und bei der erwerbenden Verjährung.“

Etwas klarer dachte man über den Modus. Hier kann man es immerhin als die herrschende Vorstellung bezeichnen, daß Modus Besitzergreifung sei. Motivirt wird dies bald damit: der Besitz

---

findet man ebenso häufig die Wendung: der Tit. der Occ. sei die „lex naturae et gentium,“ wonach Jedem .... freistehe ..., als die andere: Titel sei das natürliche jus zum Occupiren. Vgl. J. G. v. Lintzen (praes. J. H. Dürfeld· 1675). Diss. de titulo invalido, Aphor. V.; mit dem im Text früher cit. §. 113 Wolf, J. N. I.

[29]) Wolf, J. N. II., p. 156 erwähnt (ohne Jemanden zu nennen) die, von ihm nicht geteilte, Ansicht, welche zur Occupation den „consensus ceterorum“ verlange und das Eigentum auch hier auf einem ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Vertrage beruhen lasse. Es scheint demnach Griebner kaum allein gestanden zu haben, wenn er in den Princip. iurispr. natural. (1727), p. 83 den justus titulus bei der Occ. in dem „reliquorum consensus aut expressus aut saltim tacitus“ findet.

[30]) So Wolf, der bei der Occ. bald das factische und rechtliche, bald das äußere und innerliche (physische und psychische) Moment scheidet.

ſei die Sichtbarkeit des Eigentums, das Eigentum aber, wie jedes dingliche Recht müſſe wenigſtens bei ſeiner Entſtehung recht deutlich erkennbar ſein, da es ja von allen Dritten reſpectirt werden wolle; bald mit der Rückſicht auf die Sicherheit des Verkehrs, welche eben auch jene Erkennbarkeit des Eigentums und Eigentumswechſels erheiſche; dann wieder mit der (dem bekannten Worte des Nerva filius — l. 1 §. 1 D. 41, 2 — nachgebildeten) Wendung: das poſitive Recht ahme die Natur nach, und der natürliche Ausgangspunkt des Eigentums ſei der Beſitz. Hieraus erkläre ſich auch das Erforderniß der Tradition bei der Uebereignung, aus deren Weſen an ſich es nicht begriffen werden könnte.[31])

Mag man ſich aber noch ſo ehrlich bemühen, dieſer Lehre vom Titulus und Modus einen tieferen rechtsphiloſophiſchen Gehalt abzugewinnen, man wird zuletzt doch zugeben müſſen: ſie ſei ein Gemenge von Selbſtverſtändlichem und Unrichtigem; und bei keinem einzigen ihrer Vertreter finde man etwas anderes, als ein Gewebe trivialer, unklarer, widerſpruchvoller Gedanken. Gleichwol hat es Voigt[32]) gefallen, für dieſe Lehre eine Lanze zu brechen, und recht abfällig über Hugo ſich auszulaſſen, welcher allerdings für jene wenig Reſpect empfunden hat.[33]) Von einem anderen (unten zu erörternden) Standpunkt aus, haben Förſter und Ziebarth die Unterſcheidung von Titel und Modus verteidigt, wobei erſterer jedenfalls auch zu weit geht. Doch davon ſpäter.

---

[31]) Ueber all dieſes vgl. Grotius II. c. 8. §. 25 und II. c. 6. §. 1.; Vitriarius Instit. jur. nat. (1692) II. c. 8. §. 19; und beſonders Pufendorf De jure naturae et g. (1672) IV., c. 9. §. 5. — J. G. Frank (praes. Chr. Thomasius) diss. de dominio (1730), §§. 41—43: „Traditionem esse modum maxime naturalem, quia .... dominium a possessione incipit.“ Vgl. hiemit, was ſchon Hotomannus (1524—1590) im Comm. in tit. Cod. de pactis et de transact. (1575) p. 63, 64 über die Trad. ausführt. Eigentlich ſollte der Vertrag zur Uebereignung genügen; aber 1) erfordere die „securitas dominiorum .... formam quandam dom. transferendi;“ 2) „ars naturam imitatur; natura autem comparatum est, ut dominia rerum occupatione acquirantur.“

[32]) Condictiones ob caussam (1862) S. 175—177.

[33]) Nur darin iſt Voigt beizuſtimmen, daß die ſprachlichen Einwendungen Hugo's (IV., S. 141—151) gegen die Ausdrücke „titulus“ (= causa) und modus acquirendi (= m. acquisitionis) unhaltbar ſind.

Und nun zurück zu unserer dogmengeschichtlichen Untersuchung!

B. Wolf ist keineswegs der Vater der Lehre vom Titulus und Modus. — Ist schon bei seinem Altersgenossen Heineccius ein Einfluß von dieser Seite zweifelhaft, so ist vollends jeder Gedanke daran ausgeschlossen bei einem anderen, weit älteren Schüler des Thomasius, ich meine: Titius (1661—1714), dessen auch schon oben gedacht wurde. Aber auch an Thomasius ist nicht zu denken,[34]) da wir über ihn hinausdeutende Spuren haben. Mögen einige Belege hier ihren Platz finden.

Zunächst in die Blütezeit des Th. fällt allerdings eine Diss. de modis acquirendi (1701) von Chr. Michaelis (praes. J. B. Friesen), eine völlig absurde, ohne Ahnung eines wissenschaftlichen Gedankens geschriebene Schrift, die uns nur deshalb interessirt, weil sich in ihr der auch sonst so oft wiederholte Satz vorfindet: causam et acquirendi modum multum differe." (p. 4.)[35]) Eine Durchführung desselben aber wird man von einem Schriftsteller nicht erwarten, welcher unter den illiciti modi acq. auch ambitus etc. aufzählt! — Aber gerade dies ist belehrend, daß jene Sätze von einem Manne nachgeschrieben werden, der sich offenbar bei ihnen gar nichts denken konnte; denn es zeigt, daß sie schon damals gewißermassen Gemeinplätze geworden waren.

Vollkommen ausgebildet und in größter Allgemeinheit ausgesprochen findet sich unser Dogma in der fleißig geschriebenen, aber verworrenen Diss. de Titulo invalido v. J. G. von Lintzen (praes. J. H. Dürfeld, Erfurt 1675). Jeder Rechtserwerb erfordere einen „validus et legibus approbatus Titulus" und einen „Modus acq." (Aph. I. besf. Noten b, d, f.) „Titulus est radix et basis dominii, ex qua illud pullulat" (N. f.)

In das Jahr 1662 fällt eine Disput. de Ficta et Quasi — Traditione von Schnepff (ductu et praesidio J. A. Frommann), wo diese Scheidung, dialectisch zugespitzt, vorkommt, allerdings zunächst nur mit Bezug auf die Tradition vorgetragen. Wir werden später

---

[34]) Ob Thomasius selbst jenes Dogma überhaupt vertrat, ist mir nicht bekannt.

[35]) Auch findet sich ebendaselbst die so oft wiederholte Definition der modi als „quasi instrumenta, quibus in acquirendis rer. dom. utimur."

noch oft an die uns hier zuerst entgegentretenden Schulausdrücke erinnert werden. Als Synonyma werden da gebraucht „Titulus, causa, c. impulsiva, c. dominii sc. nobis formaliter et virtualiter competentis, translativa“ (Nr. XVII, p. 19) und als Gegensatz hiezu (p. 22, Randglosse zu XX) „causa efficiens proxima.“

Unter dem Präsidium desselben Frommann erschien 1661 (also in demselben Jahre, in welchem Sam. Pufendorf Professor wurde,) eine Disp. de Traditione vera (von Reuß), welche uns einen vollständigen Einblick in die damalige Theorie und (wie später klar werden wird,) ihren Zusammenhang mit einer anderen, weit älteren (der über das ius ad rem) gewährt. Thesis IV. (p. 5) lautet: Modus acq. est ratio a iure introducta, qua mediante, tamquam instrumento, quis rei alicuius dominium consequitur. Qui ipse.... causae acq. subinde opponitur ibi, ubi a se invicem tempore seiungi queunt. Differunt enim tunc (1) tum natura, quod acq. causa se habet ut efficiens, quamquam minus principalis et impulsiva; modus vero ut effectus; unde in negociis, in quibus causa et modus non insepparabiliter cohaerent, causa semper praecedit..., traditio[36]) contra eandem sequitur: (2) tum effectu, quod per causam ius tantum ad rem et sic personalis actio ad faciendam traditionem oriatur; per modum vero acquiratur ipsum ius in re, nempe dominium.“

Der nächste Gedanke, der sich bei diesem Zeugnisse und seinem Datum wol Jedem aufdrängt, ist: wir hätten es hier mit einem Inventarstück des Naturrechts zu tun, müßten also auf Grotius und S. Pufendorf zurückgehen. Aber auch dieses wäre nach zwei Richtungen hin ein Irrtum: einmal ist die fragliche Theorie dem Grotius fremd,[37]) — Pufendorf kennt, aber teilt sie nicht, — andererseits lassen sich Spuren entdecken, die über Grotius (1583—1645) hinaufgehen. Pufendorf's ablehnendes Verhalten (s. N. 37) ist um so

[36]) In diesem Worte verrät es sich, daß der Verfasser so allgemein er sich ausdrückt, doch nur an die Tradition dachte; es ist dies für diese ganze Lehre bezeichnend.

[37]) Grotius untersucht im II. Bd. ausführlich die verschiedenen modi adq. d., von Titulus in jener allgemeinen Bedeutung spricht er nicht; ebenso Pufendorf, J. N. IV. — Grotius gebraucht einmal (II., c. 3 §. 3, 4) „acq. causae“ synonym mit acq. modi. Pufendorf sagt in den Elem. jurispr.

bemerkenswerter, als ihm die ganze Lehre wol bekannt war. Er selbst referirt hierüber in **J. N.** IV., c. 9, §. 5:[38]) „Ubi etiam **aliqui** observant, in adquisitione originaria ... in idem concurrere **titulum** sive causam et **modum** adquirendi. Sed in acquisitionibus **derivativis** ista duo esse perpetuo distincta. Traditionem et acceptationem esse modum transferendi dominii. (P. erklärt dies für ungenau, indem er sich die traditio als nackte Tatsache denkt), donationem emtionem et venditionem esse titulos vel causas, ex quibus dominium transfertur."

Also zu Pufendorf's Zeit wurde die Scheidung von Titulus und Modus, mit Beschränkung auf die derivativen Eigentums-Erwerbungen, von Einigen („aliqui") gelehrt, von Anderen verworfen. —

Zu erwähnen ist noch ein Werk eines Zeitgenossen des Grotius: des Joh. Gryphiander (Grypenkerl, † 1652) „Oeconomicorum legalium sive de arte acquir. et conservandi patrimonii libri duo.[39]) Da heißt es, lib. I., cap. IX, n. 34 (p. 241): „certa requisita, quae Dd. quidem ad usucapionis materiam restringunt, sed tamen generaliora sunt et ad omnem acquaestum pertinent ..." wobei ihm wol (wie auch sonst manchem Anderen) l. 24, Cod. III, 32 vorschwebte: „Nullo iusto titulo praecedente possi-

---

univ. (1669) p. 62 geradezu „dividi possunt in **modos seu titulos** lucrativos et onerosos. — Auch im J. N., V., c. 7, §. 5, wo er von dem müßigen Streite zwischen Salmasius einerseits und Fabrotus, Wissenbach, Regnerus andererseits berichtet (Salmasius läugnete nämlich, daß das mutuum eine alienatio sei), erwähnt P. die Unterscheidung von tit. und mod. mit keinem Wort. Nur Hertius macht (in der Ausg. von 1744) dazu die Bemerkung (N. 2): „mutuum ipsum **non** esse alienationem, hoc enim proprium est **modorum** acq.," woraus der weitere Gedanke sich von selbst ergiebt (H. fährt fort: „sed in mutuo id agi, ut dom. transferatur, sc. per subsecutam (?, traditionem"). Daß **Hertius** (J. N. Hertz, gest. 1710) ein Anhänger der Lehre von tit. und mod. war, zeigt seine Abh. de conventionibus dominium translativis (in Comment. atque opusc. T. III., p. 65—94), die er gelegentlich (z. B. p. 67 sq. 83) „tituli" nennt, und denen er die „modi acquirendi ius in re" entgegensetzt (p. 67).

[38]) In der Ausg. v. 1744 steht die Stelle im I. Bd., p. 596 seq.

[39]) Herausgegeben von seinem Sohne (1662 in Bremen) ein verworrenes, geschmackloses Gemengsel theolog., moral., juristischer Erwägungen. Bei „modi adq." denkt er bald an die technische Bedeutung (so z. B. p. 314), bald an die verschiedenen Berufs- und Erwerbstände (z. B. p. 309).

dentes ratio iuris quaerere dominium prohibet." Unter n. 56 (p. 245) nennt er als eines dieſer „requisita" den „titulus, qui nihil aliud est, quam caussa acq. . . . s. initium possessionis . . . Atque ita caussa etiam titulus dicitur . . ." N. 59: „Atque hic titulus est radix et basis dominii, ex qua illud pullulat . . ., ut si ille insufficiens aut illegitimus est, acquaestus stabilis esse nequeat . . .; quia a primordio tituli posterior formatur eventus . . ."[40]) Mit ſpecieller Anwendung auf die Eigentums-Uebergabe wird unſer Dogma vorgetragen p. 310 sq.

Dieſem Zeitraum gehören ferner an:

Fdch. Schragius, Introd. in Institut. (Straßb. 1694), p. 92, §§. 27, 28: modi acq. §. 29, „causae acq. sunt media acquisitionis remota, quibus ipsa res proxime atque immediate non acquiritur, sed tantum constituitur obl. et ius ad rem."

Ulr. Huber,[41]) (1636—1694) Praelect. (3. Aufl. 1735), p. 94: „A Modis acq. dominii distinguuntur Causae, vix alio sensu quam ut causae rerum proximae a remotioribus . . . Discrimen hoc causarum et modorum in plerisque iur. gent. acquisitionibus est obscurius; sed in traditione inprimis perspicuum . . . Sic et perceptio (fructuum) est modus acq., causa vero: cura et cultura."

W. A. Lauterbach, (1618—1678) Collegium Pandectarum (Tübinger Ausg. v. 1784), Tom. III, lib. XLI, Tit. I., §§. 50—55 gibt die, bis in den Anfang unſeres Jahrhunderts übliche Darſtellung der Eigentums-Tradition. Dann folgt im §. 56 (p. 161) eine Verallgemeinerung: „. . . apparet, Causas et Modos dominium trans-

---

[40]) Eine Schulregel, der man bei damaligen und älteren Schriftſtellern ſehr oft begegnet (zuweilen wird Bezug genommen auf l. 8 pr. D. 17, 1: „uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.") So z. B. in den verſchiedenſten und ungereimteſten Anwendungen bei Zaſius Cons. lib. II., cons. II. n. 70—72 (Ausg. von 1550, T. VI., col. 312); cons. VII., n. 56 (col. 384); cons. X., 33 (col. 441). Nach Bedarf verwendete man aber auch die entgegengeſetzte Regel „Actus sequens declarat et demonstrat praecedentem voluntatem." (Decius Consil. Venedig 1575, vol. I., fol. 368, col. 2.) (Vgl. hier N. 101).

[41]) Huber ſteht gerade unter ſeinen niederländiſchen Fachgenoſſen ziemlich vereinzelnt da als Repräſentant dieſer Richtung.

ferendi differe. C. enim praecedit, ut efficiens minus principalis et impulsiva, per quam ius ad rem et personalis actio ad faciendam trad. oritur. Modus est instrumentum et actus, ut ipsum ius in re . . . acquiratur . . . Aliud est in modis originariis, ubi (causae a modis) separari nequeunt, sed simul coincidunt."

Nimmt man das Jahr 1625, in welchem des Grotius Hauptwerk erſchien, als den Anfang dieſes Zeitabſchnittes, ſo wäre auch noch zu nennen: Vultejus (1555—1634), Jurispr. rom. lib. II (1628), der zwar nirgends dieſes Dogma vorträgt, bei dem ſich aber bereits alle Gedankenelemente desſelben finden; vgl. p. 374 und beſ. 379, wo es u. A. heißt: „per quam quidem causam dominium non acquiritur, sed dominio quaerendo occasio praebetur . . . ex qua obl. tantum oritur etc."[42])

Die meiſten und namhafteſten Rechtsgelehrten dieſer Periode dagegen machen jene ſcholaſtiſche Unterſcheidung nicht mit. So (wie erwähnt) Grotius und Pufendorf, ſo Joh. Brunnemann[43]) (1608—1672) und G. A. Struv[44]) (1619—1692), Pet. Müller (1640—1696),[45]) ſo die niederländiſchen Juriſten Arn. Vinnius[46]) (1588—1657), Ant. Matthäus[47]) (1601—1654), Joh. Voet[48])

---

[42]) Im Inſtit. Comm. ermahnt B. „Modi a. d. diligenter distinguendi sunt a modis acq. obl.," was einen Sinn nur dann hat, wenn man dabei an obligationes ad dandum denkt.

[43]) Wenigſtens konnte ich weder in ſeinem Pandekten-, noch in ſeinem Codex-Comm. etwas davon finden.

[44]) St. ſagt gelegentlich geradezu „titulus seu modus acq."

[45]) „Müller (ad Struv. Ex. 13, Th. 44, n. γ) . . . ſagt ausdrücklich, titul. und mod. adquir. ſei einerlei" (Hugo IV., 160). — Die Addit. zu Struv erſchienen zuerſt 1692—1701, dann 1718 und 1738.

[46]) S. Inſtit. Comm. zu tit. Inst. II., 1, beſ. zu §. 11 (in der Ausg. von 1767 vol. I., p. 167, col. b).

[47]) In ſ. Inſtit. Comm. (1672) ſpricht er nur von „modi acq." —

[48]) Im Pand.-Comm. (Ausg. von 1734) vol. II., p. 720, gibt er eine Einteilung der modi acq. und nennt da unter dem „modi particulares:" usucapio, donatio (!), legatum . . .

(1647—1714), Gerhard Noodt[49]) (1647—1725), J. Ortwin Westenberg[50]) (1667—1737) und Andere.[51])

C. Schon aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß die Lehre von Tit. und Mod. nicht dem „Naturrecht" ihre Entstehung verdankt. Dies erhält seine weitere Bestätigung dadurch, daß sich ältere Spuren finden, denen wir nun nachgehen wollen.

Schardius Lexicon iuridicum (Col. Agrip. 1616), p. 975, col. 2, vb. „Titulus pro causa." Man müsse unterscheiden „inter contractum et modum acq. d." p. 979, c. 2.

„Trad. est modus res. . . . acquirendi, cum causa subest, i. e. titulus."

Ludov. Molina, de Justitia et Jure (1614). Tom. I, col. 41, Nr. 17 und bes. col. 42, 43: „Radicem . . . unde dominium aut ius quodvis (dabei denkt er nicht bloß an Privat-, sondern auch an kirchliche und politische Rechte) oritur, appellant iurisperiti titulum dominii aut iuris. Quod si Metaphysicorum more loquendum nobis sit, ea ratio fundandi relationem dominii aut iuris, quae illius est velut radix et origo, appellatur titulus dom. et iuris . . .; (sed) ad comparandum dom. aut ius in re praeter titulum regulariter necessaria est . . . traditio et apprehensio rei; attamen illa non est radix . . . sed solum conditio sine qua regulariter a radice nec dom. nec ius in re emanat."

Eine völlige Begriffverwirrung herrscht bei Oldendorp (1480—1567); dennoch gibt er (gewissermassen unbewußt) Zeugniß für unser Dogma. Was er sich unter Titel denkt, ist schwer zu sagen. Im II. Bd., p. 168[52]) stimmt er dem Bartolus bei: „titulum nihil . . . aliud esse, quam causam contractus et (ut alii dicunt) initium possidendi." Hier also versteht er unter Tit. die causa trad. und den tit. usucap. Im I. Bd., p. 419, aber definirt er:

---

[49]) S. Opera omnia (Lgd. Bat. 1735) II., p. 39.

[50]) Er kennt nur mod. acq.

[51]) Z. B. Ludwell, Instit. Comm. (Altorf 1662), Joh. Corvinus (Amsterdam 1664) . . .

[52]) Die Citate beziehen sich auf die Baseler Gesammt-Ausg. von 1559 in 2 Fol.-Bdn.

„Tit. est, per quem indicatur nobis aliqua possidendi leg. causa, sufficiens ad dominium adquirendum vel directo et immediate, vel saltem mediate per usucapionem.“ Da also kann wieder die causa trad. nicht gemeint sein; denn durch diese allein wird das Eigentum nicht directo et immediate erworben, da der damalige Sprachgebrauch die modi acq. vielfach als „media acquisitionis“ bezeichnete. Das Capitel „de acq. rer. dom.“ (II, 168 sq.) leitet er mit den Worten ein: „Nunc tractemus, quibus titulis . . . dom. nobis accedat;“ zählt dann als „tituli“ auf die occup., alluvio, specif., inaedif. etc., und beschließt (p. 174) die erste Hälfte dieser Aufzählung mit dem Satze (Nr. XVI): „Et hactenus de modis adq. d. iure naturali. (XVII) Iure civili autem . . .“ etc. Selbst bei der Tradition macht er nicht die herkömmliche Unterscheidung. Im grellsten Widerspruche hiemit steht es, daß er — der kurz vorher tituli und modi als synonym gebrauchte — am Schlusse desselben Capitels (p. 174, 175), plötzlich bemerkt: „Ex praedictis (!) adparent evidenter gradus adquirendarum et transferendarum rerum . . .

I) Causa, contractus, titulus,[53]) Ankunfft.

II) Occup., adpraehensio, trad., quasi trad., possessio, Annemmung.

III) Dominium, proprietas, ius plenum in re, Eigenthumb. — Ecce pulchram harmoniam! Ex bona causa sequitur bona poss.; ex justa poss. fit iust. dom.“ Und hiebei ist im Sinne O.'s nicht etwa bloß an die Ersitzung zu denken.

Hugo (IV, S. 158), erzählt, daß Maneke (wahrscheinlich ein Schüler H.'s), über seine Aufforderung Nachsuchungen angestellt,[54]) und als die älteste Spur dieses Dogma's, die er auffinden konnte, eine Stelle in einem 1579 erschienenen Buche[55]) „Triboniana Jurisprudentia“ bezeichnet habe, deren Verf., ein gewisser Dethard

[53]) Später definirt er noch: „Titulus est ipsa demonstratio, Causa factum quod demonstratur, Contractus est legitima facti formula.“

[54]) Die Arbeit Maneke's (wenn sie überhaupt in die Oeffentlichkeit gelangte) ist mir leider! nicht einmal dem Titel nach bekannt geworden.

[55]) Keine „Dissertation,“ wie Fritz, Erläuterungen, I., S. 251, N. 29, irrig schreibt.

Horst(ius) [56]) es tadelt, daß Viele die tituli und modi acq. nicht gehörig unterscheiden (II. Buch, 1. Cap. u. III. Buch. 3. Cap.). Seine Worte (es sei dies ein gewöhnlicher Fehler) zeigen, daß die L. v. Tit. u. Mod. damals noch wenig verbreitet war. Hugo fügt hinzu, nach dem Wortlaut seiner Aeußerung scheine Horst nicht der Urheber dieser Lehre zu sein. Das ist ohne Zweifel richtig, denn eine noch deutlichere Spur weist viel weiter zurück auf Johann Apel (1486—1536) aus Nürnberg. [57]) — Scharbius sowol, als Oldendorp (II. p. 168, Nr. IV) (s. oben) berufen sich auf ihn. Letzterer erwähnt, Bartolus teile die Titel in universales und particulares (soll heißen: singulares) „Displicet autem id Apello (ohne irgend ein Allegat), qui putat, talem distinctionem non ad titulos . . . sed ad causas et contractus ipsos, qui titulis significantur, referendum esse. Nos Bartolo condonabimus, quod paulo liberius alterum pro altero accepit.“ Und Scharbius (p. 975, col. 2) bemerkt zu der nämlichen Einteilung des Bartolus: „Sed rectius (indicante Apello [58]) distinxisset inter contractum et modum acq. dom. . . . D. Oldend. hanc culpam condonat non abs re Bartolo [59]).“

Scharbius gibt die Meinung des Apel richtig wieder, während Oldendorp sie mißversteht; nur dadurch, daß Sch. wieder den O. mißverstand, war es möglich, daß er beiden zustimmt. Hat Oldendorp den Apel wirklich gelesen, so ist seine eigene Unklarheit in unserer Materie unbegreiflich; denn Apel trägt seine Ansicht so schlicht und klar vor, daß es schwer war, ihn mißzuverstehen.

In einem ganz kleinen Schriftchen, welches 1551 in Löwen er-

---

[56]) Hugo IV., S. 158, schreibt „Dettl. H.“; in Jöcher, Gel. Lex. heißt er aber „Dethard H.“ Er war ein Ostfriese, Prof. in Helmstädt, zuletzt Advocat in Wittenberg, lebte 1546—1618.

[57]) S. über ihn: Jöcher, Gelehrten-Lexicon, I., col. 462; Hugo, Literär-Gesch. §. 153. Allgemeiner liter. Anzeiger (1798) III, col. 1220 sq.

[58]) Ebenfalls ohne Allegat.

[59]) Dabei verweist Sch. auf Raevardus, de auct. prud. (Antwerp. 1566) cap. 7. Räv. handelt nämlich da von den „modi manumissionis“ und den „iustae manumissionis causae,“ welche auch tituli genannt werden könnten; und führt für diesen Sprachgebrauch einige Stellen aus römischen Schriftstellern an (p. 65, 66).

schien (beigebunden dem Corpus legum [60]) „Isagoge per dialogum in IV libr. inst.“ — tadelt Apel (p. 144) mit Recht die Einreihung der donatio unter die modi acq. als unlogisch, da sie vielmehr mit emtio, mutuum . . . in eine Reihe zu stellen sei. Nachdem er die Lehre von der Tradition in der damals üblichen Art vorgetragen, heißt es auf p. 150: „Atque hic te admoneo, ne modos acq. dominium cum contractibus, delictis, quasi contr. et q. del. parum (151) cautus confundas: neque enim donationibus, transactionibus . . . conventionibus rer. dom. transferuntur, sed traditionibus, retentionibus, adprehensionibus et similibus modis, utcunque fieri possit et quotidie accidat, ut hi contractus . . . ipsam trad., retent., appreh. (die also als nuda facta gedacht sind) vestiant et adiuvent.“

Ausführlicher legt er seine Auffassung dar in der „Methodica dialectices ratio ad iurispr. adcommodata,“ Norimb. 1535, im cap. III. „de causa.“ [61])

Fol. L. II: „Dom. acqr. tum iure gent., tum i. civ. — Iure gent.: occupatione, inventione, alluvione, traditione . . . Iure civ.: usucapione . . . et aliis modis. Quod tamen ad trad. adtinet, requir. ipsius trad. iusta causa: nempe contractus, delictum vel quasi; ut emptio, donatio, dotis constitutio . . .“

Fol. L. III, S. 1: „Hic ego soleo studiosum . . . admonere (S. 2), ne modos adq. dom. cum contractibus confundat. Ut enim aliud est dominium, aliud obligatio (cum prius sit quaedam perfectio, posterius vero res imperfecta, Bart., l. III, §. ex plur. D. de adq. poss., d. h. l. 3, §. 4, D. XLI, 2); ita aliud est causa dominii, nempe modus adq. dominium: aliud causa obligationis, videlicet contractus . . .; inter modos adq. dom. et obl. nulla est prorsus communio . . .; nisi quia

[60]) Dieser Umstand verleitete Sachße, den Apel für den Verfasser des „Brachylogus“ zu halten, obwol auf dem Titelblatte steht „ab incerto auctore.“ Vgl. Hugo, Literär-Gesch., §. 153; Böcking in der praefatio zu seiner Ausg. des Brachylogus, p. XIII seq.

[61]) Das Buch ist weder paginirt, noch foliirt; am unteren Rande der Blätter sind die Buchstaben des Alphabetes mit Ziffernzusätzen (Ai, Aii, Aiii, Bi . . . .) angebracht; zwischen je zwei bezeichneten Blättern sind immer mehrere Blätter (zuweilen auch nur ein Blatt) unbezeichnet.

plerumque accidit, ut contractus . . . sint causae ipsius traditionis;“ deshalb sei die trad. ein „modus adq. d. infirmior“ . . . Quod si venisset in mentem Bartolo in l. si ager, de rei vind. (d. h. l. 50, D. VI, 1) . . ., non fecisset differentiam inter titulum universalem et singularem, sed inter contractum potius et modum adq. dom. . . .“ Weiter nennt er Vermächtniß, Kauf . . . „tituli dominii“.

Fol. M. (S. 1) unterscheidet er „causa proxima (generalis) und c. remota (specifica).“ „Causam prox. et generalem dominium habet occup., invent., . . . traditionem . . .; remotam: contractus . . .“ Gleich darauf folgt aber die einschränkende Bemerkung: „Atque id tum, cum modus adq. dom. est **traditio,** apprehensio vel retentio. Sic fit dominus is, cui traditur, non quia simpliciter ei traditur: sed quia ex causa emptionis, donationis, dotis, . . .“ [62])

Hier also haben wir die Entgegensetzung von titulus und modus so klar und ausdrücklich formulirt, als nur irgend möglich. Aeltere, so bestimmte Zeugnisse für dieselbe aufzufinden, wollte nicht gelingen. Erwägt man nun die Art, wie spätere Schriftsteller bei Erwähnung jenes Gegensatzes auf Apel sich berufen, dieser selbst aber Niemanden für seine Meinung anführt, im Gegenteile sie im bewußten Gegen-

---

[62]) Charakteristisch ist auch eine Aeußerung auf Fol. M., S. 2: Tadelnd erwähnt Apel: „contractum passim non parum obscure rei vindicationis causam remotam adpellari, id quod facit pariter Romanus pontifex in c. Abbate sane, de re indic. lib. VI., cum tamen sit potius traditionis causa, hoc est causae remotae causa.“ Folgendes sei die richtige Reihenfolge:

„4) emptio, donatio etc.
3) traditio, apprehensio, retentio
2) dominium
1) rei vindicatio.“ —

Im cap. 3 in VI. de sentent. et re iud. II., 14, auf welches Apel oben sich bezieht, wird bei der rei vind. unterschieden, ob mit Beschränkung auf einen bestimmten einzelnen Erwerbsgrund („ex certa et speciali causa, ex certa et expressa c.“) oder ohne solche geklagt werde. Als Beispiele einer solchen „specialis c.“ nennt das c. 3 „venditio, donatio . . .“, was Apel mit gutem Grund beanstandet, da Tradition, Usucapion . . . richtigere Beispiele gewesen wären. Vgl. überhaupt Unger System II., S. 658 ff., und bes. S. 661, N. 80.

fatze zu Bartolus vorträgt, und sie nicht undeutlich als eine Eigentümlichkeit seines Lehrvortrages bezeichnet („hic ego soleo studiosum admonere"); so dürfte die Hypothese nicht allzu gewagt sein, daß Apel in gewissem Sinne der Urheber unseres Dogma ist, dessen Aufkommen demnach in den Anfang des 16. Jahrhunderts zu setzen wäre. In gewissem Sinne: denn es ist schwer von einem Urheber zu reden bei Gedanken, die damals, so zu sagen, in der Luft lagen, wie aus dem Weiteren erhellen wird; es erscheint bei ihnen als etwas Nebensächliches und Zufälliges, ob dieser oder jener sie zuerst formulirt hat. Und andererseits hat Apel das Dogma nur mit Beschränkung auf den derivativen Eigentumserwerb vorgetragen. Aber das Wort war gesprochen und fiel auf empfänglichen Boden. Vergebens warnte Apel selbst wiederholt und eindringlich vor einer ungehörigen Generalisirung der von ihm gemachten Distinction.[63]) Dies konnte nicht hindern, daß Spätere, deren Denken mehr scholastisch als juristisch geübt war, die hingeworfene Bemerkung „Metaphysicorum more" verallgemeinerten. Die Civilisten von Fach haben sich freilich von solcher Verirrung noch lange (wenigstens der großen Mehrzahl nach) frei erhalten, bis in einer Zeit gesunkener Rechtswissenschaft, welche auf scholastische Distinctionen mehr Wert legte, als auf selbstständiges Quellenstudium, das Dogma von Titulus und Modus die oben geschilderte Ausbreitung erlangte. —

Zur Charakteristik dieser Periode (um 1500—1625) gehören ferner folgende Wahrnehmungen. Statt „causa trad." wird oft „titulus trad.," auch „tit. dom." gesagt. Ansätze zu der hier in Rede stehenden Theorie sind nicht selten. So identificirt Hotoman (1525—1590), obwol unser Dogma ihm fremd ist,[64]) ausdrücklich die iusta causa trad. mit den titulis ad usucap. idoneis.[65]) Noch weiter faßt den Begriff des „titulus" ein Zeitgenosse Apel's: Do-

---

[63]) In der oben abgebrochenen Stelle fährt er so fort: „In aliis vero modis praeter traditionem, appr. et retent. nihil est, quod tale discrimen faciamus..." Und Fol. M. II., S. 2 schärft er dies nochmal ein.

[64]) Denn er spricht von 11 modi des Singularerwerbes, wobei er die donatio neben der mancipatio nennt.

[65]) Im Justit.-Comm. (1588) p. 126, 129. — Im Sachregister die Bemerkung: „Titulus iusta dominii causa est."

minicus Soto[66]) Er macht darauf aufmerksam „diversam rem esse titulum dominii ab ipso dominio: id quod negligentius quidam Parisiensium considerant . . . Enimvero titulus basis est dominii seu radix, ex qua pullulat . . . Titulus episcopi est electio; et titulus, quo quis possidet domum est vel . . . emptio vel praescriptio“ (!)[67]) — Den meisten Juristen dieser Periode dagegen ist die Lehre vom Titulus und Modus völlig fremd.[68]) So nennt z. B. Donellus (de iure civ. lib. IV, cap. V, n. 9 in der Gesammtausgabe von Lucca 1762, T. I, col. 680) als Erfordernisse jeder acquisitio: Object, erwerbendes Subject und acq. modus; es sei etwas der Tradition Eigentümliches („peculiariter requiritur“), daß hier überdies noch eine tradendi causa (und ein veräußerndes Subject) erfordert wird. Auf den ersten Blick mag dies manchen

---

[66]) „Theologus, ordinis praedicatorum,“ aus Segovia, Beichtvater Karls V.; (lebte 1494—1560); schrieb „de Justitia et Jure libri X.“ (Venetiis 1594 „postremo post omnes omnium editiones“ erschienen); ferner u. a. auch über die Dialektik des Aristoteles.

[67]) P. 286 des N. 56 cit. Werkes. Uebrigens findet sich unser Dogma bei ihm nicht (sonst würde er sich nicht so ausdrücken, wie er auf p. 315, col. 2 tut). — Die Unterscheidung des innerlichen und äußerlichen Actes beim Erwerbe findet sich bei ihm; nämlich im Index rerum die Frage „Dom. an transferatur per actum interiorem?“, welche auf p. 315 (nicht 228, wie es dort irrig heißt) natürlich verneint wird.

[68]) Nur beispielweise nenne ich: Phil. Decius (1454—1535), U. Zasius (1461—1535), Pard. Pratejus (1463—1535) wie sein (1581 in Frankf. a. M. umgearbeitet erschienenes) Lexicon juris zeigt, A. Perneder, St. Bobens (er kennt nur „modi acq.“, wofür gelegentlich „species acq.“ s. Just. Comm., Paris 1555, p. 73, 77, 80, 81); Duarenus (1509—59) [dies ergibt sich mit voller Gewißheit aus d. Comment. in var. tit. Dig. et Cod., wo er beim XLI. B., 1 Tit. „causae acq. dom.“ und „modi“ beständig als synonym gebraucht]; M. Wesenbek 1531—86 [trotz der scholastischen Bezeichnung der modi als „causae efficientes et formales acq. dom.“ (Paritla in Pand. p. 265 sq.) ist er hier zu nennen, da er an anderer Stelle (Comment. Juris. s. Oecon; Basel 1579, p. 11) alle Erwerbsarten (auch die traditio) „causae seu tituli dom.“ nennt]; Donellus (s. oben), Cuiacius (denn selbst bei der Tradition paraphrasirt er nur die l. 31 pr. D. 41, 1. — Neapol. Ausg. V., col. 454 —; an verschiedenen Stellen gibt er Uebersichten der Eigentumserwerbungen, aber stets im Anschluß an den Sprachgebrauch der Quellen), Dion. Gothofredus (1549—1622).

an Apel's Ansicht erinnern; tatsächlich stimmten aber diese Juristen nur in dem überein, was sie verneinen, während sie im übrigen sehr weit auseinandergehn; denn Donellus versteht unter seiner „tr. causa" etwas total anderes,[69]) als Apel unter seiner „c. remota" oder dem „titulus". Und wären auch ihre Gedanken dem Inhalte nach übereinstimmend, so würde schon die scholastische Ausdrucksweise des Letztgenannten einen großen Unterschied zwischen ihnen bedeuten. Denn gerade in dieser Lehre hat es sich erwiesen, wie eine willkürliche Terminologie verwirrend auf die Begriffe zurückwirkt. Das Wort ist eben, wie alles in der Welt, Product und Factor zugleich, d. h. hier: ein gedankenzeugendes Gedanken-Erzeugniß.

D) Läßt sich nun auch nach dem Gesagten das Dogma selbst nicht über den Anfang des 16. Jahrhunderts zurück verfolgen, so gilt dies doch keineswegs von den Gedanken-Elementen, aus denen es nach und nach hervorgewachsen ist; die Wurzeln liegen auch hier viel tiefer als der zu Tage tretende Stamm. Durfte bisher die Darstellung die geschichtliche Untersuchung auf ihrem rückschreitenden Wege begleiten, so ist doch von jetzt an, wo die deutliche Spur abbricht, ein entgegengesetztes Verfahren im Interesse der Deutlichkeit unerläßlich. Während für das bisherige keinerlei Vorarbeiten vorlagen,[70]) begegnet sich auf diesem Puncte die vorliegende Arbeit mit der verdienstlichen Untersuchung W. v. Brünneck's „über den Ursprung des sog. jus ad rem" (Berlin 1869, 107 SS.).[71]) Denn die Entgegensetzung des „jus in re" und das „jus ad (in) rem" ist eine der Wurzeln unseres Dogma.[72]) Deßhalb müssen wir zuerst, an der Hand der erwähnten

[69]) Darüber vgl. hier den zweiten Aufsatz, §. 3.

[70]) Außer den wenigen, allerdings wertvollen, Andeutungen Hugo's, welche bei Seuffert, Erörterungen II., 3, und Fritz, Erläuterungen I., S. 250 ff. wiederholt sind. Ob Haenel, de acq. rer. dom. diss. (Lips. 1817) §. 2, 3, etwas selbständiges beibringt, weiß ich nicht, da mir die Schrift nicht zugänglich war. — Ueber Maneke s. N. 54.

[71]) Als Vorgänger Br.'s sind (wie er selbst hervorhebt) zu nennen: Brackenhöft, über die Begründung von Rechten an Dingen durch Vertrag (1843) in d. Ztschft. f. deutsches R. VIII., S. 22—92; und Ziebarth Realexecution und Obl. (1866).

[72]) Vgl. auch Hinschius im Holtzendorff'schen Rechtslexicon II. Bd. S. 546 (vb. „Titel").

Schrift, die Geschichte des jus ad rem kennen lernen, und dann die anderen Wurzeln jener Lehre bloßlegen.

I. Das jus ad rem.

a) Im germanischen Recht des früheren Mittelalters findet sich ein dinglicher Vertrag (sala, traditio), dessen Gültigkeit weder durch die Form der gleichzeitigen Besitzübergabe (im Unterschiede von der römischen traditio), noch durch Mitwirkung des Gerichtes (die zur späteren Auflassung gehört) bedingt war. Doch konnte das so erworbene Recht erst wenn die rechte Gewere hinzukam gegen jeden geltend gemacht werden; ohne diese aber nur gegen den Auctor und jeden, der von diesem später ein dingliches Recht tradirt bekommen haben wollte. Der frühere Erwerber ging vor, selbst wenn der spätere sich im Besitze befand (außer dieser hätte ohne Kenntniß von der früher geschehenen Tradition sich ein Jahr lang im unangefochtenen Besitze der Sache behauptet). Gegen jeden aber, der sein Recht nicht vom selben Auctor ableitete, war der Erwerber auf die Vertretung seines Rechtes durch seinen Auctor angewiesen. Die der trad. nachfolgende vestitura (damals: Einsetzung in die faktische Gewere) war nicht Voraussetzung, sondern Folge des dinglichen Rechtserwerbes.[73]) Gleichwol lag es sehr nahe, den auf sie gerichteten Anspruch des Erwerbers mit einem obligatorischen Anspruch auf ein dare oder facere zu verwechseln; es lag um so näher, als die hinzutretende Gewere (schon bevor sie rechte Gewere wurde) dem Erwerber „ein Mehr nicht bloß an faktischer Macht, sondern auch an recht-

[73]) Hiemit zusammengehalten, wirkt es überraschend, wenn man bei Chr. Wolf (Instit. juris naturae, §. 320, p. 170, 171) liest: zur Eigentumsübertragung gehöre nicht Tradition; die Pflicht zur Tradition sei vielmehr Folge der Uebereignung. — Ueberhaupt glaube ich, daß die unzähligemal bei niederländischen, deutschen, französischen Rechtsphilosophen wiederkehrende Behauptung: die Tradition gehöre „naturaliter" nicht zur Uebereignung (s. z. B. Grotius II., c. 6, §. 1, c. 8, §. 25; Pufendorf IV., c. 9, §. 5); [anders freilich Thomasius s. die Diss. de dominio von J. G. Frank 1730, §. 43], eine Ansicht, welche bekanntlich im französischen Rechte einen legislativen Ausdruck gefunden hat (vgl. Exner, S. 301 ff.), — nur durch Zurückführung auf eine nationale Rechtsanschauung erklärt werden kann, namentlich wenn man bedenkt, wie wenig jener Satz z. B. zu Wolf's übrigen Lehren (über den Vertrag, das jus ad rem und in re, über Titulus und Modus) paßt, welche vielmehr das entgegengesetzte Resultat erwarten ließen.

lichen Vorteilen" gab. In diesem Sinne konnte ein Capitulare Ludwig des Frommen (819) die Besitzeinweisung als eine Vervollständigung der sala bezeichnen (heredi . . . necessitas incumbat illam (sc. traditionem) perficiendi)."[74]) (Brünneck S. 14—28).

b) Nach deutschem Lehnrecht erwarb der Vasall durch die Investitur[75]) sofort, d. h. auch ohne Besitzeinweisung (demonstratio) ein die Sache ergreifendes Recht: ein dingliches Recht von relativer Wirksamkeit. Erstere Eigenschaft zeigt sich darin, daß, wenn der Herr seiner Pflicht zur Einweisung nicht genügen wollte, der Vasall sich selbst des Gutes unterwinden konnte. Letztere darin, daß dies Recht nur gegen denjenigen geltend gemacht werden konnte, der sein später erworbenes Recht vom selben Autor ableitete, ja auch gegen diesen nicht, sobald er die körperliche Gewere erlangt hat. Letztere braucht nur dann eine rechte zu sein, wenn der früher Beliehene auch die Gewere bereits einmal inne gehabt hat (Br. 29—37).

c) Auch nach Langobard. Lehnrecht wurde durch die Investitur sofort ein dingliches Recht erworben, welches von den meisten Feudisten zur Zeit der Abfassung der libri feud. als ein absolutes, von anderen aber als ein bloß relativ wirkendes aufgefaßt wurde (Br. 38—42). Letztere Ansicht wurde bei den Glossatoren und Commentatoren der l. feud. zur communis opinio und blieb bis in's 16. Jahrhundert unangefochten. Aus den mißverstandenen Stellen II, F. 2, pr. und II, F. 26, §. 15, und der ungehörig herbeigezogenen l. 15, Cod. III, 32,

[74]) Wie die spätere Lehre das ius in re als ein reiferes Stadium des ius ad rem betrachtete. „Traditio est ultima contractus alienativi perfectio." Argentraeus ad Consu. Britan. a. 265, n. 7 bei Hertius Comment. atq. opusc. III, p. 66; cf. p. 76 seq. Apel nennt die obligatio (ad dandum) eine „res imperfecta" und das dominium deren „perfectio." Er beruft sich hiefür auf Bartolus (zu l. 3, §. 4, D. 41, 2). Dieser unterscheidet allerdings „jura, quae sunt acquisita per se" (domin., ususfr.) und „jura, quae sunt causae acquisitionis alterius juris perfecti;" doch erwähnt er nicht die jura ad rem, sondern spricht von dem „quasi-dominium, ex quo Publiciana competit," welches sich durch Zeitablauf in ein jus perfectum, das Eigentum, verwandelt.

[75]) „Inv." im Sinne des Lehnrechtes. Den Sprachgebrauch verdeutlicht folgende Zusammenstellung:

	dinglicher Vertrag	Besitzeinweisung
I. Röm. Recht:	traditio	traditio
II. Aelteres germ. Recht:	traditio	(in)vestitura
III. Lehnrecht:	investitura	demonstratio.

leitete man die Ansicht ab, es gebe zwei Arten von Investitur: eine mit Besitzeinweisung (i. propria), eine andere ohne diese (i. abusiva); nur die erstere sei vollwirksam. Andere z. B. Martinus de Caratis Laudensis aus dem 15. Jahrhundert „dachten sich unter invest. abusiva die Handlung der Belehnung als das rechtliche Moment (den Titel) des vasallitischen Rechtes („talis investitura censetur titulus"),[76]) während sie unter investit. propria die Handlung der Besitzeinweisung im Sinne eines rein factischen Actes (traditio possessionis) verstanden, welcher deshalb allein nicht ausreiche, das dingliche Recht am Lehn zu begründen" (Br. 44). Dachte man sich nun auch das aus der inv. abus. entspringende Recht als eine Forderung gegen den Herrn auf Ueberlassung des Besitzes, so stattete man doch diese mit der Möglichkeit der Realexecution aus. Und da man diese, wie überhaupt jede Besitzeinweisung, als einen rein factischen Vorgang auffaßte, der ein dingliches Recht nicht erzeugen kann, so konnte man das voraufgehende Recht nicht als wahre obligatio ansehen, mußte darin vielmehr gewissermassen ein unfertiges Stadium des dinglichen Rechtes erblicken, welches durch die trad. poss. vervollständigt werde (Br. 49, 50).[77]) Jenes aus der inv. abus. entspringende, als ein Vorstadium, eine Phase des ius in re angesehene, eigentümliche relativdingliche Recht wird seit Jacobus de Ravanis (geb. um 1215 gest. 1296 ius ad rem genannt. (Br. 51). Wer also ein ius ad rem hatte, konnte sich nötigenfalls durch Realexecution ein ius in re verschaffen, und es lag somit nahe zu sagen: ius ad rem und ius in re verhielten sich wie eine Möglichkeit zur Wirklichkeit. Daß aber das ius ad rem weder ein dingliches Recht im römischen Sinne, noch eine bloße Forderung sei, spricht Andreas de Isernia (geb. um 1270, gest. 1353) geradezu aus, indem er die aus der inv. abus. zustehende Klage als „nec per omnia realis nec per omnia personalis" bezeichnet (Br. 62). Diese eigentümliche Natur tritt praktisch hervor in den Fällen, wo jenes Recht mit anderen Rechten in Collision gerät. Und eben da zeigt sich auch das germanische Ge-

[76]) Die Stelle ist cit. bei Brünneck, S. 80, N. 23.

[77]) In diesem Sinne spricht Jac. de Ravanis von „investituram possessionis traditione perficere." (Br. 50, N. 12). Vgl. hier N. 74.

präge dieſes Gebildes. Denn die für ſolche Colliſionsfälle von den Feudiſten gegebenen Entſcheidungen (Br. 54—61) berechtigen zu dem Ausſpruch: das ius ad rem der Feudiſten ſtimme in faſt allen Puncten mit dem durch die deutſche Lehnung dem Vaſallen erworbenen Rechte überein (Br. 61).

d) Da der deutſche dingliche Vertrag unabhängig war von der Beſitzübergabe, ſo lag es (namentlich in einer juriſtiſch nicht geſchulten Zeit) nahe, ihn mit dem ihm zu Grunde liegenden obligatoriſchen Vertrage (namentlich Kauf) zu verwechſeln, wie denn auch in den älteſten Quellen deutſchen Rechtes vendere, venumdare etc. gleichbedeutend mit tradere (im Sinne des germ. R.) gebraucht werden. Durch das frühzeitig wiſſenſchaftlich bearbeitete langobardiſche Recht wurde dieſe Begriffvermengung in die Bearbeitung des römiſchen Rechtes hinübergeleitet. Man deutete die römiſche traditio (Eigentumsübergabe), bez. die ſie erſetzende Realexecution im deutſchen Sinne um, indem man darin lediglich das Factum der Beſitzänderung erblickte; und hatte man ſo die Tradition ihres ideellen, recht-ſchaffenden, bez.-übertragenden Gehaltes beraubt, ſo mußte man dieſen in das obligatoriſche Geſchäft verlegen,[78]) ſo daß die Entſtellung des römiſchen Obligations- und Traditionsbegriffes unzertrennlich Hand in Hand gehen, indem ſie nur die beiden Seiten desſelben Mißverſtändniſſes ſind. Nannte man immerhin die emtio venditio einen obligatoriſchen Vertrag, man dachte ſich ihn doch als den rechtsbegründenden, die Tradition nur als den rechtsbefeſtigenden und vollendenden Act. Unter dieſem Geſichtspunct hat auch der ſeit der

[78]) Intereſſant iſt es, hiezu die folgende Stelle aus Ulr. Zaſius zu vergleichen. Sie ſteht in der Ausg. von 1550 im V. Bd., col. 122 (= Sing. resp. lib. II., cap. 20) und lautet: „Sic rem tradi purum factum est et simplex, in cuius natura nullus iuris effectus includitur ....“ (col. 123). „Sic si tradendo transfertur in me dominium, non ex virtute traditionis hoc fit, sed ex causa praecedente.“ Ein ausdrücklicheres Zeugniß für die obige Behauptung kann wol kaum gewünſcht werden. — Vgl. Petr. Greg. Tholosanus Syntagma iur. univ. (Frankf. a. M. 1591) lib. XX., cap. 10, n. 2. „Traditio actus per se nudus“ und n. 3: „Voluntas est causa, cur domin. transferatur; medium transferendi est titulus, veluti voluntatis expressio, traditio autem est effectus voluntatis ....“

Glossatorenzeit durch Jahrhunderte, in der Theorie geführte Streit, ob Forderungen auf dare und solche auf tradere einer species durch körperliche Wegnahme (Realexecution) vollstreckt werden könne, für die Geschichte des Obligationsbegriffes ein Interesse.[79]) Denn auch die Realexecution wurde lediglich als besitzverschaffende Tatsache aufgefaßt. Und so sehen wir hier eine Zweiteilung des Erwerbes dinglicher Rechte, welche offenbar der späteren Entgegensetzung von titulus und modus entspricht. Der Titel war ursprünglich nichts anderes, als die mit der Realexecution verbundene Obligation, entsprechend dem durch die deutsche „traditio" begründeten Rechte ohne Gewere;[80]) der modus dagegen war die Einweisung in die letztere. (Br., S. 63, 70, 80.) Als Urheber dieser Scheidung und der Lehre vom jus ad rem sind die Feudisten anzusehen und ihrem Einfluß das Auftreten der gleichen Distinctionen bei den Commentatoren des Civilrechts zuzuschreiben, wenngleich bei einzelnen Details das Verhältniß sich umkehrt. (Br., S. 80—82.) —

Zur Charakterisirung des jus ad rem der Civilrechts-Commentatoren und zur Darlegung seiner wesentlichen Uebereinstimmung mit dem jus ad rem der Feudisten, genügt die Mitteilung folgender Resultate der Untersuchungen Brünneck's: 1) Wenn beide Prätendenten denselben Auctor haben, und a) beide nur ein jus ad rem in Anspruch nehmen, so geht das ältere Recht vor: es wird durch Realexecution perficirt, während das andere sich in einen Ersatzanspruch gegen den Auctor umwandelt; b) hat dagegen der Eine durch Besitzübergabe schon ein jus in re erworben, so geht dieses, wenngleich jünger, dem jus ad rem vor, ausgenommen: α) wenn der spätere Erwerber mala fide war, d. h. das jus ad rem des Andern zur Zeit der Tradition kannte;[81]) β) wenn er sein jus in re auf einen lucrativen, der Andere

[79]) Vgl. hierüber Ziebarth, Obl. und Realex., S. 179 ff.; Degenkolb in der krit. Vjschft. IX., S. 205 ff.; Brünneck, S. 5—9, S. 63, 64 und S. 73 ff.

[80]) Vgl. hiemit die Worte, mit denen Bartolus die l. 50, D. de R. V. (Unterschied des „ex emtionis causa ad aliquem pertinere" und des dominium) umschreibt: „Ex solo titulo absque trad. non quaeritur dominium." Doch sei es „hodie" allgemeiner Gebrauch, der Verkaufsurkunde eine auf constit. poss. abzielende Bemerkung oder auch eine Clausel beizufügen, in welcher der Verkäufer dem Käufer als procurator in rem suam jede die Sache betreffende Klage mandire.

[81]) Vgl. hiemit einerseits Ziebarth, S. 197 ff., andererseits (vom romanist. Standpunkt) Unger, System I., S. 547, 548, 624.

aber sein früher erworbenes jus ad rem auf einen onerosen Titel stützt. In beiden Fällen hat der Inhaber des älteren jus ad rem eine actio in factum revocatoria, die theoretisch an mißverstandene römische Stellen über die a. Pauliana, geschichtlich und sachlich aber an germanische Rechtsanschauungen anknüpft. Denn keineswegs hat sich Baldus, der der erste alle jene Distinctionen ausführlich vorträgt, dieselben willkürlich erfunden, vielmehr hat er damit Anschauungen nachgegeben, die an älteres germanisches Recht anschließend, schon damals (z. B. in den Statuten von Pisa) legislativen Ausdruck erhalten hatten (B. 87—99.) 2) Ueber den Fall, wo der Proceßgegner sein Recht nicht vom selben Auctor ableitet s. Brünneck, S. 99 fg.

Brünneck*) schließt seine Darstellung mit der Zeit des Bartolus, Baldus und der sich ihnen anschließenden italienischen Commentatoren ab, in welcher die Lehre vom jus ad rem die feinste Ausbildung erhalten hatte (S. 107). Auffallender Weise ist aber diesen Juristen der von den Feudisten seit dem 13. Jahrhundert gebrauchte termin. techn. „jus ad rem“ noch nicht geläufig; d. h. sie haben den Begriff, aber nicht dieses Wort für ihn; letzteres wurde erst seit dem 16. Jahrhundert auf civilrechtliche Verhältnisse angewendet (Br. 81, N. 25).

Es würde weit über den Plan dieser Schrift hinausführen, wollten wir im einzelnen darlegen, wie ein gründlicheres Quellenstudium jene Theorien allmälig verdrängte. Der letzte bis in den Anfang dieses Jahrhunderts heraufreichende Ueberrest derselben war der verbreitete Irrtum, daß nach gemeinem Rechte der zweite Käufer dem ersten nachstehe, wenn er dessen früheres Recht kannte.[82]) Verband man aber nicht ganz besondere Wirkungen mit dem ius ad rem, so erschien eine Ausscheidung einer solchen Art von Rechten unmotivirt und man verlor allmälig das Verständniß für die Bedeutung dieses Kunstwortes. War jenes fortan nichts mehr als ein Forderungsrecht, wozu dann der unpassende Namen? Und so konnte Ger. Noodt (vom

[82]) S. Ziebarth, S. 201, N. 4.

*) In einer soeben erschienenen, isländisches und norwegisches R. betreffenden Schrift Brünneck's „die Restitutionsklagen aus Veräußerungsbeschränkungen“ (Königsberg 1873), findet sich manches ebenfalls hier Gehörige; s. namentl. S. 10—12, 15, 27.

Standpunkt des römischen Rechtes aus völlig treffend) sagen: das Recht des Käufers sei kein (überall unerfindliches) „ius ad rem," sondern ein „jus ad personam, quod non res . . . tenetur, sed persona venditoris, re libera." Der Käufer habe gegen den zweiten Erwerber keinerlei Anspruch.[83])

Noch Daries teilte die Vermögensrechte in iura realia und iura personalia und die letzteren wieder in iura personalia in specie (obl. auf facere) und iura ad rem (obl. auf dare); während z. B. Nettelbladt bloß die Einteilung in iura in re und iura ad rem hat.[84]) Schon Westenberg[85]) gebraucht „ius ad rem" als gleichbedeutend mit obligatio überhaupt. Dieser Sprachgebrauch war im vorigen Jahrhundert der herrschende,[86]) und so hätte dieses Jahrhundert[87]) die ursprüngliche Bedeutung des „jus ad rem" völlig vergessen, wenn nicht das preußische Landrecht zu seiner Wiederentdeckung durch Brackenhöft, Ziebarth, namentlich aber durch v. Brünneck den Anstoß gegeben hätte.

---

[83]) Opera omnia (Lugd. Bat. 1735), Tom. II., p. 39.

[84]) S. Ziebarth, S. 171 ff.

[85]) Princip. jur., p. 85.

[86]) S. z. B. Heineccius, Elem. jun. s. ord. Inst., §. 332.

[87]) S. z. B. Th. M. Richerus, Univ. jurispr. (Mailand 1821), Tom. III., p. 113, §. 413. — Savigny, Syst. I., S. 372, N. b, und Unger, Syst., I., S. 540, N. 7, deuten an, daß „jus ad rem" nicht seit jeher ein Synonym von obl. war. — Fr. Hallager, Norske Obl. R. (Christiania 1859), kennt nur die Zweiteilung „Ret i Tingen" und „Ret til Tingen" (S. 3), und versteht unter letzterem die reine römische obligatio. „Habent sua fata" gilt auch von einzelnen Worten. Es klingt wunderlich, wenn Hallager (S. 4) sagt: jene Einteilung sei wenig geeignet für ein System des norwegischen R. und das damit begründet: „da det efter vor Lovgivning ikke sjelden träffer, at en og den samme Rettighed under visse Betingelser mod Trediemand kann gjöres gjældende, under andre derimod ikke . . ." — ohne zu ahnen, daß gerade für dergl. Rechte das Wort „jus ad rem" erfunden wurde. Als Beispiel beruft sich H. auf den „Leiecontract" d. h. die Miete, deren Untersuchung zur Wiederentdeckung des jus ad rem mitwirkte. Sachlich hat aber jene Bemerkung guten Grund. H. will sagen, daß die Unterscheidung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten für das norwegische R. nicht dieselbe durchgreifende Bedeutung habe, wie für das röm. R. Vgl. Laband Vermögensrechtl. Klagen nach d. sächs. R. G. S. 278, Brünneck, Reluitionsklagen, S. 27, N. 2 a. E.

Durch den Canal der Wolf'schen Naturrechtslehre war nämlich die alte Lehre vom jus ad rem (wenn gleich vereinfacht) nebst der Lehre vom Titulus und Modus in das preußische Landrecht hineingeleitet worden; und auch hier bestätigt sich wieder, was schon von Anderen bemerkt worden ist, daß das Naturrecht oft unbewußt nationalen Anschauungen einen (allerdings manchmal entstellenden) Ausdruck lieh. Während das Gesetzbuch mit allgemeinen naturrechtlichen Redewendungen anhebt, erklärt es bald darauf den Titel des ius in re als gleichbedeutend mit dem jus ad rem.

Die §§. 131—135, I. Teil, II. Tit. lauten:

(131) „Die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, heißt die Erwerbungsart. (132) Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, wird der Titel genannt. (133) Die Erwerbung eines Rechtes auf fremde Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus. (134) Dieses persönliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht,[88]) heißt der Titel dieses dinglichen Rechtes. (135) Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechtes eingeräumt wird, so entsteht ein dingliches Recht auf die Sache."

Daß dem preußischen Landrechte das jus ad rem keineswegs gleichbedeutend ist mit obligatio, zeigen die §§. 123, 124 a. a. O. Nachdem der erstere §. die obl. definirt hat, fährt der andere fort: „Insofern dergleichen persönliche Rechte das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat, wird es ein Recht zur Sache genannt;" also jus ad rem = obl. auf dare oder tradere einer species. Daß aber die Auszeichnung des jus ad rem auch eine praktische Bedeutung hat, zeigt §. 25, I, 10. Im Anschluß nämlich an den früheren §., welcher sagt, daß Kenntniß des Nichteigentums des Autors den Erwerb ausschließe, fährt §. 25 fort:

---

[88]) Sonst „Recht über die Sache" (österr. a. b. G. B. §. 307), „Recht an der Sache" genannt; während jener Ausdruck „Recht auf die Sache" sonst häufig als Uebersetzung von jus ad rem gebraucht wird.

„Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Anderen weiß, kann zum Nachteile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen." Und beide Fälle (Kenntniß des jus in re, und Kenntniß des jus ad rem eines Dritten) werden zusammengefaßt unter die Marginalrubrik: „Mangel an gutem Glauben hindert die Erlangung des Eigentums." Vgl. noch §. 5, I, 19, und über das preußische Recht in dieser Materie: Ziebarth, S. 203 fg.; Brünneck, S. 5 fg.; Dernburg, §§. 184—186.

Das österreichische Gesetzbuch hat zwar die Lehre vom Titulus und Modus (§§. 317, 320, 380, 381, 423—425, 449, 451 fg.; 480, 481, 533); kennt auch den Ausdruck „Recht zu einer Sache" (§§. 307, 451), gebraucht ihn aber synonym mit „persönlichem Sachenrecht", also mit obligatio,[89]) und hat die dem jus ad rem zu Grunde liegende Vorstellung implicite verworfen durch die §§. 430, 440.

§. 430: „Hat der Eigentümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, an eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräußert, so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigentümer dem verletzten Teile zu haften." Mit Recht ist der unpassende Ausdruck „Eigentümer" immer von dem Veräußerer („Uebergeber", wie Zeiller, II., S. 228 sagt), nicht von dem Erwerber verstanden worden; und auch die Meinung Schuster's und Nippel's, daß §. 430 dahin zu restringiren sei, daß der Erwerber das ältere persönliche Recht eines Dritten nicht gekannt haben dürfe,[90]) wurde stets von der herrschenden Ansicht

---

[89]) Vgl. Zeiller's Comm., II. Bd., zu §§. 307, 308, der ebenfalls zwischen obl. überhaupt und obl. ad dandam speciem nicht unterscheidet, obwol er in seinem „natürlichen Privatrecht" §. 109, Note ***), S. 162 bemerkt: „Das durch den Vertrag über eine völlig bestimmte Sache" erworbene Recht stehe „dem wahrhaft dinglichen unstreitig näher, als dasjenige, welches aus einem Vertrage fließt, dessen Object nur der Gattung nach bestimmt worden ist."

[90]) S. hierüber Nippel's Comm., III, S. 376 ff. — Auch der ebenfalls von Nippel erfundene Begriff eines dingl.-persönl. Sachenrechtes, z. B. bei einem Uebereignungsvertrag ohne traditio, erinnert an das jus ad rem (s. Brackenhöft in d. Ztschft. f. deutsch. R., VIII, S. 84 ff.).

verworfen.[91]) Rücksichtlich der Immobilien wiederholt die analoge Entscheidung §. 440. —

Dagegen dürfte der im §. 373 ausgesprochene Vorzug des Erwerbs ex titulo oneroso vor dem Erwerb ex titulo lucrativo ein Nachklang jener mittelalterlichen Theorie sein, wenn es nicht vielleicht nur der Ausdruck des gleichen, unreflectirten Billigkeitsgefühls ist. Auch die dem deutschen Rechte bei Anwendung der Regel „Hand muß Hand wahren" fremden Erfordernisse der bona fides und des onerosen Erwerbes in §. 367 (vgl. preuß. L. R., §. 24, I., 15) erinnern an die, durch mißverstandene römische Aussprüche veranlaßten Distinctionen der Commentatoren bezüglich des jus ad rem (vgl. Brünneck, S. 94, N. 44); doch ist der Gedanken-Zusammenhang allerdings ein lockerer, da der Fall des §. 367 eigentlich das Gegenstück zu dem mit einem jus ad rem collidirenden jus in re ist: hier relative Unwirksamkeit des Erwerbs, obwol der Autor Eigentümer war; dort Wirksamkeit des Erwerbs, obwol der Autor nicht Eigentümer war. Und so bedeutet denn auch die „bona fides" in beiden Fällen etwas ganz verschiedenes.

Dagegen ist unzweifelhaft auf die alte Lehre vom jus ad rem zurückzuführen der art. 1141 des Code civ., welcher zu der französischen Theorie von der Entbehrlichkeit der Tradition so wenig paßt,[92]) obwol diese Theorie und jener Artikel dieselbe letzte historische Wurzel haben: den dinglichen Vertrag des germanischen Rechts (vgl. oben N. 73). Art. 1141 nun gibt von zwei auf denselben Auctor sich berufenden Erwerbern einer beweglichen Sache demjenigen den Vorzug, der die Gewere erhalten hat, seinen guten Glauben vorausgesetzt: „Si la chose, qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux, qui en a été mise en possession réelle est préferée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois, que la possession soit de bonne foi." — —

Näher auf das jus ad rem, namentlich auf die Frage nach seinem legislativen Wert oder Unwert einzugehen, ist hier nicht der Ort. Das

---

[91]) Exner, Tradition, S. 65. — [92]) S. ebend. S. 308 ff., bes. 310 ff.

Vorstehende genügt wol, um jeden Zweifel darüber zu beheben, daß wir hier eine der Wurzeln der Lehre vom Titulus und Modus vor uns haben.

II. Eine zweite Wurzel war die römische Lehre vom Eigentumserwerb durch Tradition, die man in der oben angegebenen Art umdeutete und mit den germanischen Anschauungen in Einklang zu bringen suchte. Diese Umdeutung aber betraf: 1) die Natur der Tradition; 2) die Natur des sie veranlassenden Vertrages; 3) die Bedeutung der justa causa traditionis, welche m. E. subjectiv zu nehmen ist (s. unten), aber seit uralten Zeiten bis in unsere herab meist objectiv genommen wurde. Letzteres äußert sich darin, daß man den der Lehre von der Ersitzung eigentümlichen, schon seiner Etymologie nach auf etwas Aeußerliches deutenden, Ausdruck „titulus" herüberzog, und ihn später immer häufiger statt des quellenmäßigen „causa" gebrauchte.[93]) Dabei haben die bekannten Aussprüche über die „nuda traditio" und die „justa causa traditionis" (Ulp. fr. XIX, 7, l. 31, pr. D. 41, 1, Gaj., II., 20) großen Vorschub geleistet. Die obigen Mitteilungen haben gezeigt, wie man den darin angeblich liegenden Gedanken bald mehr, bald weniger generalisirte.

III. Auch „das kanonische Recht unterscheidet bei dem Erwerbe von geistlichen Beneficien das durch die Election entstehende jus ad rem und das jus in re, welches durch die Collation begründet wird. Jenes ist wie die Commentatoren sagen, eine dignitas in habitu, dieses eine dignitas in actu."[94]) — S. c. 8 in VI° de concess. praeb. III, 7 (jus ad rem, jus in re); c. 40 in VI° de praeb. et dign. III, 4 („jus ad praebendam, non in praebenda"); Clem. un. II, 3 („jus in beneficio vel ad ipsum"); Extrav. Joann. XXII., de conc. praeb., IV. („jus ad rem").[95]) Es wird vielfach angenom-

[93]) Dieser irreführende Sprachgebrauch ist freilich älter selbst als die Glosse; denn er findet sich schon im sog. Brachylogus (um 1100). Dort heißt es bei der Tradition: „Aliquo titulo praecedente" und „Justi ... tituli sunt..., quibus rerum dom. transferuntur." Seither unzähligemal. Z. B. gibt Brunnemann, Comm. in Pand. (1670), p. 349 die l. 31, pr. D., 41, 1 wörtlich wieder, nur setzt er statt „justa causa" „justus titulus". Nur wo davon die Rede ist, wofür ein Geschäft nach außen sich gebe, sprechen die Quellen zuweilen (s. Voigt, S. 69) von titulus emtionis, permutationis, donationis, so wie andererseits von tit. depositionis (l. 11, Cod. IV, 34).

[94]) Brackenhöft, a. a. O., S. 32. — [95]) Ebend., N. 21.

men, das civilrechtliche jus ad rem sei auf das kanonische zurückzuführen (Brackenhöft, a. a. O.; Unger, System, I, S. 540, N. 5; Förster, preuß. P. R., I, S. 117, N. 8), was Brünneck (S. 52 fg.) in Abrede stellt, die Erfindung des jus ad rem der Feudisten-Theorie vindicirend; auch läugnet er, daß sich ein Einfluß der kanonischen Lehre auf das civilrechtliche jus ad rem nachweisen lasse (S. 12, N. 4, S. 51, N. 14 *a*). Dagegen läßt sich wol kaum bezweifeln, daß diese Lehre zur Entwickelung des Dogma vom Titulus und Modus mitgewirkt hat. Schon oben haben wir Schriftsteller kennen gelernt, welche die Election selbst als Titulus, die Institution als Modus bezeichnen. Der Titulus gab also ein jus ad rem, das sich durch den Modus in ein jus in re verwandelte.[96])

IV. Alle diese Gedanken jedoch ergeben noch immer nicht das Dogma, dessen Geschichte wir hier untersuchen. Das Medium nun, in welchem aus jenen dieses sich entwickeln konnte, war die scholastische Bildung. Die Kategorien der Möglichkeit und Wirklichkeit, welche, wie wir gesehen haben, für die Lehre vom Titulus und Modus verwendet wurden, sind keineswegs erst von Wolf zum Ausgangspunkt der Speculation genommen worden. Arabische und europäische Aristoteliker (angeregt durch die allerdings aristotelische Unterscheidung des potenziellen und actuellen Seins, *τὸ δυνάμει εἶναι* und *τὸ ἐνεργείᾳ εἶναι*, s. namentl. Metaphysik, IX. Buch) verwendeten sie, wenn auch in verschiedener Art zu gleichem Zwecke;[97]) wobei unvermerkt dem Begriffe der Möglichkeit ein anderer, der der latenten Existenz, substituirt wurde. Und offenbar verhält es sich ähnlich bei der Bezeichnung des jus ad rem (des Titels) als der Möglichkeit des jus in re. Vielfach dachte man die Möglichkeit als substantielles, die Wirklichkeit als erscheinendes Sein. In diesem Sinne lehrte Albert d. Gr. (1193—1280): die Form sei das Complement der Möglichkeit (actus et complementum); durch sie werde das All-

[96]) Vgl. Phillips, Lehrb. des Kirchenrechts (1. Aufl.) §. 78, §. 79, insbes. S. 157; ferner S. 309, und S. 385.

[97]) Ueber Alpharabius (El-Farabi) s. Ritter, Gesch. d. Philos., VIII, S. 5, über Avicebron ebd. VIII., S. 102. Die Unterscheidung des intellectus in potentia (possibilis) und der int. in actu, in effectu findet sich bei Alphar. wie bei Albert d. Gr. (Vgl. Ritter, VIII, S. 15 und S. 232) u. s. w.

gemeine in die Wirklichkeit (in das concrete Dasein) überführt.[98]) Joh. Scotus Erigena lehrte: alles Wirkliche außer Gott, habe ein räumlich und zeitlich begränztes Sein und nannte dies „aliquo modo esse (subsistere).“[99]) Es springt in die Augen, wie auch diese Sätze für den modus adquirendi von Bedeutung werden konnten. —

Noch ist zu erwähnen, daß man anknüpfend an aristotelische Unterscheidungen (s. bes. Physik, II, c. 3, wo die verschiedenen Bedeutungen von αἴτιον angegeben, und namentlich auch αἴτ. πορρώτερον, und ἐγγύτερον, — cf. l. 8, D. 12, 5: proxima und pristina causa —, dann αἴτια δυνάμενα und ἐνεργοῦντα unterschieden werden) bei jeder passenden oder unpassenden Gelegenheit Einteilungen der „causae“ zu geben und insbesondere auch zwischen causa efficiens proxima und causa efficiens remota, dann zwischen causa potentiae und causa actus zu unterscheiden liebte. Und dies nicht bloß in philosophischen Schriften, sondern in allen Disciplinen, die der scholastischen Behandlung verfielen. Es bedarf kaum der Versicherung, daß die Juristen von diesem Geschmack keine Ausnahme machten. Schon Azo machte zu l. 3 §. 4 D. 41, 2 die Glosse „proximam causam inspici, i. e. traditionem sive acquisitionem possessionis; non remotam sc. causam ex qua fit traditio. Et sic nota tria: causae sc. traditionis seu tituli . . ., secundo est traditio possessionis, . . . tertio usucapio quae nascitur ex primis duobus.“ Hugo Mag. (IV, S. 153—157) hat die Vermutung ausgesprochen[100]), diese Stelle (welche bei Bartolus u. A. wiederholt wird) habe den Anstoß zu der ganzen Lehre vom Titel und Modus gegeben. Ich halte dies nicht für wahrscheinlich. Denn die Unterscheidung von causa proxima und remota war damals so im Schwange, daß man sie nicht auf einen bestimmten ersten Fall darf zurückführen wollen. Dann ist nicht zu übersehen, daß der Sprachgebrauch in dieser Glosse mit dem später in unserer Lehre gebräuchlichen nicht congruirt (denn nach diesem müßte man die usucapio als die causa

---

[98]) Ritter, VIII, S. 217 ff.

[99]) Kaulich, Gesch. der scholast. Philos., I, S. 168.

[100]) Ebenso Voigt, Condict., S. 174, jedoch nicht mit Berufung auf Hugo, sondern auf Haenel, de acq. rer. dom. §. 3.

prox., sc. dominii, die traditio als die remota bezeichnen). Endlich ist zu bemerken, daß die Unterscheidung von c. prox. und rem. auch sonst bei Juristen in verschiedener Verwendung vorkommt, also nicht auf die Lehre vom Eigentums-, bez. Rechtserwerb beschränkt ist.[101]) Es war nur eine der verschiedenen Anwendungen jener Unterscheidung, wenn man die traditio die causa proxima, die objectiv gedachte causa praecedens (den titulus) als causa remota dominii bezeichnete. Das Streben, in systematischer Gleichförmigkeit bei allen Erwerbungsarten diese Unterscheidung durchzuführen, brachte dann die bekannte Verwirrung in unsere Lehre. — Belege für den Zusammenhang dieser mit der scholastischen Richtung beizubringen, ist überflüssig; wir haben ihrer schon oben eine genügende Zahl kennen gelernt. Hiemit hängt es auch zusammen, daß Theologen auf die Entwicklung dieses Dogma Einfluß genommen haben. Die Erfindung des Kunstwortes „jus ad rem" scheint dem Bischof von Verdun Jac. de Ravanis anzugehören;[102]) eines der ersten Beispiele einer maßlosen Ausdehnung des Begriffes „Titel" (angebahnt durch den Sprachgebrauch „titulus traditionis",[103]) der eine Verwechslung mit dem titulus usucap. nahe legte) findet sich bei dem Dominicaner-Mönch D. Soto; die Lehre vom Titel und Modus bei dem Canonicus Apel, dann, und zwar schon in größter Verallgemeinerung, bei dem Jesuiten L. Molina. —

---

[101]) S. z. B. Chr. Hegendorph, Dialectica legalis, (Paris 1547), fol. 62, 63: Unterscheidung der verschiedenen causae mit Bezugnahme auf Aristoteles. Bes. fol. 63: „Sunt etiam aliquae causae efficientes, quae principalem in re aliqua locum habent (sic in actione reali princeps causa est dominium). Sunt etiam causae efficientes, quae vocantur remotae... (sic actionis tam realis quam personalis causa remota est contractus)." — Um den einfachen Gedanken plausibel zu machen, daß der Sinn eines Antwortschreibens erst durch Vergleichung mit dem beantworteten Schreiben völlig klar werde, beruft sich Zasius (Consil., lib. II, cons. II.) auf die Regeln „causam primam esse intuendam: siquidem secunda causa tantum operetur, quantum ei a prima influitur" und „a primordio tituli" etc. (vgl. hier N. 40).

[102]) Brünneck, S. 51—53, und bes. N. 14a und N. 16.

[103]) Auch hier hat Hugo das Richtige getroffen, als er (S. 156, 157) die Vermutung äußerte, der Sprachgebrauch „titulus trad." statt „causa trad." habe viel zu der späteren Verwirrung beigetragen.

Hiemit nun sind nicht nur die einzelnen Ansätze zu der fraglichen Lehre, sondern, so zu sagen, auch der Boden und das Klima angegeben, in welchem diese sich aus jenen entwickelt hat. Blicken wir noch einmal zurück, so sehen wir zusammenwirken: germanische Rechtsanschauung, mißdeutetes römisches Recht, scholastische Bildung, größtenteils vermittelt durch die Kirche; — so daß hier in der kleinen Geschichte eines einzelnen Dogma sich ein Stück Culturgeschichte spiegelt, wie in einem Thautropfen ein Stück Welt.

Auch ist hiemit nun erläutert, was oben gemeint war, wenn gesagt wurde: zu Apel's Zeit hätten die Vorstellungen, denen er einen zusammenfassenden präcisen Ausdruck gab, so in der Luft gelegen, daß man schwer von irgend einem einzelnen Erfinder reden könne. Davon kann man sich überzeugen, wenn man beispielsweise in den Schriften des Jason de Mayno (1453—1519) liest, dessen Leben mit dem Apel's zur Hälfte gleichzeitig war.[104]) Da findet sich die Definition des Titulus als einer causa habilis ad translationem dominii;[105]) dann wird titulus bei der traditio als selbständiger Vertrag gefaßt, indem es heißt: „Tit. solus non sufficit ad transferend. dom.;“[106]) dem entsprechend auch die bekannte Auffassung der traditio: „Trad. realis[107]) facta cum titulo transfert dom.“[108]) „Absque trad. ex solo titulo emptionis non transfertur dominium; . . . sic apprehensio possessionis ibi operatur translationem dominii.[109]) Andererseits genüge die traditio nicht, causa non praece-

---

[104]) Jason war 33 J. alt, als Apel geb. wurde, Apel war 33 J. alt, als Jason starb.

[105]) Dig. nov., im Repertorium, und fol. 65, bei l. 3, §. 4, D. 41, 2, in der Ausgabe von 1553 (Lugduni).

[106]) Dig. vet., fol. 23, n. 1 bei l. 9, §. 9, D. 12, 1; vgl. D. nov., fol. 77, n. 2 bei l. 5, D. 41, 2.

[107]) Es gab nämlich nach der Theorie der Commentatoren auch eine „traditio mentalis,“ durch welche nach der Ansicht Mancher der Promissar das Recht erhielt, sich selbst in den Besitz der Sache zu setzen und damit sein jus ad rem in ein jus in re zu verwandeln (vgl. Brünneck, S. 101). — Offenbar nun bedeutet in der obigen Stelle die trad. realis den Gegensatz zu dieser tr. mentalis; nicht, wie sonst, zur tr. ficta und tr. symbolica, da ja auch diese letzteren „dominium transferunt.“

[108]) D. nov., fol. 193, n. 4 bei l. 135, §. 3, D. 45, 1.

[109]) Super Infortiato, ad S. Trebell., fol. 178, n. 11, 12.

dente.[110]) Von den „modi acq. dom.“ ist da die Rede im Dig. vet., de justit. et jure, n. 43, 44 und Infort. de liber. et posth. (28, 2) fol. 181, n. 125.

Nochmal: die Gedanken-Elemente lagen einzeln da; es brauchte sie nur Einer zusammenzufassen. Geschah dies in einer Art, wie es bei Apel der Fall ist, so machte sich die weitere Entwicklung des Dogma bei Solchen, deren scholastische Bildung ihre juristische überwog, von selbst. So sind wir an dem Punkte angelangt, wo die obige, die Spuren rückwärts verfolgende Darlegung abbrach, und dürfen hiemit diese Untersuchung schließen.

Sogleich aber macht sich auch die durch den Eifer des Suchens zurückgedrängte Zweifelsfrage laut: ob denn eine Geschichte der Lehre vom Titel und Modus irgend ein Interesse habe? Was dem Suchenden wichtig schien, erscheint gar gering, nun es als Gefundenes vorliegt; denn mehr als von irgend einer Arbeit vielleicht, gilt von einer dogmengeschichtlichen das Wort: „voll Müh' und eitel Stückwerk!“

Andererseits scheint die Geschichte eines weitverbreiteten, wenn auch irrigen, Gedankens nie ganz ohne Interesse. Wenn also Seuffert[111]) sagt: „Die Lehre der Neueren (?), jeder Erwerbung müsse ein Titel voraufgehen, verdient bei ihrem gänzlichen Ungrund der Vergessenheit übergeben zu werden;“ so kann man dies nur als einen emphatischen Ausdruck dafür gelten lassen: daß man diese Lehre als eine abgetane betrachten solle. Gründlich abgetan aber ist nichts, was nicht gründlich verstanden ist. Jahrhunderte alte Irrtümer kann man nicht „todtschweigen;“ wie man gewisser Gebilde der erhitzten Einbildung nicht dadurch los wird, daß man die Augen schließt. Vielmehr muß man sich den Spuk genau ansehen, und man erkennt seine harmlose Veranlassung.

Und in der Tat: trotz der nachdrücklichsten, lange Zeit allgemeinen Verwerfung, hat die Unterscheidung vom Titel und Modus gerade in unseren Tagen wieder Verteidiger gefunden. So Voigt (Condictionen, S. 174—177); und von einem anderen Standpunkt

---

[110]) D. nov., fol. 51, n. 7 bei l. 1, §. 4, D. 41, 2.

[111]) Erörterungen einzelner Lehren (1821) II, Nr. 3, S. 15.

aus Ziebarth (S. 202): „die in der Praxis noch immer nicht ganz verdrängte Lehre vom titulus und mod. acq. . . . (für das) römische Recht ganz unhaltbar," . . . erscheine notwendig, sobald man seinen Begriff vom jus ad rem acceptire. „Dadurch werden zwei Stadien in der Entstehung des dinglichen Rechts abgegränzt, deren erstes das relative, deren zweites das absolute Recht schafft." Freilich dürfe man dies nicht auf die occupatio anwenden wollen. Und wieder anders Förster (I, S. 117), der den „Bildungsproceß des dinglichen Rechtes" so beschreibt: „Mit Ausnahme der wenigen Fälle des sogenannten unmittelbaren Erwerbs erwächst das dingliche Recht aus einem persönlichen und zwar einem solchen, dessen Inhalt das Geben einer bestimmten Sache ist. Ein solches persönliches Recht . . . ist die Vorstufe zum dinglichen Recht, der sogenannte Titel, weil es den gesetzlichen Grund bietet, vermöge dessen eine Handlung oder Begebenheit die Kraft haben kann, ein dingliches Recht zu erzeugen. Diese Handlung oder Begebenheit . . . ist die Erwerbungsart, der Modus." — „Zwei Acte sah man (bei der Uebereignung): der erste machte den Rechtserwerb möglich,[112]) der andere wirklich. Daß dann mit der gefundenen Zerteilung des Erwerbs in diese beiden Acte gespielt worden ist, . . . ist wahr; . . . für das Sachenrecht aber ist die Theorie nicht ohne weiters zu verwerfen."

Solchen Aeußerungen gegenüber schien es nicht unnütz, die von Anderen wieder in Schutz genommene Lehre um ihre Herkunft zu befragen, und darzutun: wie sie nicht aus Einem klaren Gedanken, sondern aus einer trüben Mischung halbwahrer und unrichtiger Vorstellungen, entstellter Wahrheiten und nicht mehr verstandener Reminiscenzen herausgewachsen ist. Und in diesem Sinne dürfte die vorstehende Arbeit selbst nicht ganz ohne praktisches Interesse sein. Denn „jede versuchte Richtung der geistigen Kräfte, alle Bestrebungen der Vorzeit, mögen sie fruchtbar oder verfehlt sein, kommen uns zu gut als Muster oder Warnung." [113])

---

[112]) Es ist auffallend, wie weit hier Förster sich von der alten Theorie beeinflußen läßt. Ist denn eine Eigentumsübertragung ohne praecedens obl. unmöglich?!

[113]) Savigny, System, I. Bd., Vorrede, S. IX.

II.

Von der

iusta causa traditionis.

Literatur.

Donellus, Comment. de iure civ. (1589), lib. IV, cap. XVI (Nürnberger Ausg. v. 1822, II. vol. p. 386 sq.).

Branchu, Observ. ad ius rom. (Lugd. Bat. 1721, 1723); dec. II, cap. 19.

Regenbrecht, Comment. ad leg. 36 D. de acq. rer. dom. et l. 18 D. de reb. cred. (Inaug. Diss. — 109 pp., — Berlin 1820).

J. A. Seuffert, Erörterungen einz. Lehren. . . . (Würzbg. 1821) II Abt., Nr. VI: „üb. d. iusta causa praecedens bei der Trad." (S. 23—27).

Warnkönig, Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bei der Trad., im Archiv f. civ. Pr. VI. Bd. (1823), S. 111 fg.

Savigny, Oblig. R., II. Bd. (1853), §. 78.

G. L. Strempel, Ueber die iusta causa bei der Tradition (Wismar 1856).

M. Voigt, Ueber die condictiones ob causam (1862), §§. 26—28. Dazu H. Witte in Schletter's Jahrb., X. Bd. (1864), S. 7 fg.

Leist, Mancipation und Eigentumstradition (Jena 1865, 2. Buch).

Ad. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien 1867), S. 74—85 u. Beilage I („Justa c. tr."), S. 317—337).

Fitting, Wesen des Titels bei d. Ersitzung, im Arch. f. civ. Pr., Jahrg. 1868, 1869 (Hieher gehören aus d. Jhrg. 1869, Nr. 55—63, S. 385—421, ganz bes. Nr. 60—63, S. 406—421).

Steph. Kaiser, De iusta c. trad. (Inaug. Diss., Berlin 1870).

Otto Mayer, Die iusta c. bei d. Trad. und Usucapion (Erlangen 1871, 249 SS.; hieher gehören nur S. 1—79), besprochen in der Krit. Vjschft. XIV, S. 481—487.

A. Zur Dogmengeschichte.

§. 1.

Die alte Theorie.

Bis in die zwanziger Jahre hinein wurde ziemlich allgemein gelehrt: der derivative, auf dem Willen des bisherigen Eigentümers beruhende Erwerb (die Eigentumsübergabe) setze eine justa causa voraus, oder wie man wol auch sagte, einen justus titulus. Darunter aber dachte man sich ein obligatorisches auf Eigentumsübertragung abzweckendes Rechtsverhältniß, durch Vertrag, letzten Willen oder sonst irgend wie begründet. Und in der Tat finden sich Stellen im Corpus juris, welche die gleiche Ansicht auszudrücken scheinen.[1]) Doch haben diese Stellen zur Entstehung jener Ansicht nur mitgewirkt. Will man letztere richtig verstehen und würdigen, so darf man sie nicht isolirt betrachten, sondern als integrirenden Teil eines Systems verallgemeinernder Gedanken.

Die Lehre von der justa causa traditionis ist ein Stück der Lehre vom titulus und modus acquirendi und hängt zusammen mit unrichtigen Vorstellungen über das Wesen des Vertrages, der Tradition und der Obligation. Der geschichtliche Zusammenhang nun ist dieser:

Schon oben wurde gezeigt, wie man im Mittelalter die römische Lehre von der traditio nach heimischen Anschauungen sich zurechtlegte.

---

[1]) Zusammengestellt bei Exner, S. 317.

Man dachte die Uebergabe als die Tatsache der Aenderung der Detention und mußte das Moment, das man bei ihr übersah, außerhalb derselben in die causa praecedens verlegen (vgl. Brünneck, S. 49). Dabei identificirte man die obligatio ad dandum mit dem aus dem germanischen Uebereignungs-Vertrag entstehenden Verhältniß; beide hatten mit einander gemein: daß aus ihnen allein noch kein absolutes Recht resultirte; und dann, daß sie den Erwerb eines solchen allerdings einleiten konnten. Diese Identificirung hatte die doppelte Folge: daß man jeden Vertrag obligatorisch nahm, und daß man andererseits die auf dare einer species gerichtete Obligation als ein die Sache ergreifendes Recht, als eine, wenn auch mittelbare und unvollkommene, Herrschaft über die Sache dachte. Denn sonst hätte man sich wol die Frage vorlegen müssen, wie so Forderung und Innehabung*) zusammen Eigentum ergeben sollen, da doch weder in der einen, noch in der anderen ein Eigentum schaffendes Moment liegt. Es war also ein unrömischer Begriff, der des jus ad rem, das durch die hinzutretende traditio zum Eigentum „perficirt" werden sollte. Wie dann diese Vorstellung von zwei Stadien im Werden des Eigentums sich zu der Lehre vom Titulus und Modus entwickelte, haben wir schon gesehen. War aber diese einmal im Schwange und ging man, mit jenen dialektischen Schulregeln ausgestattet, an das Quellen-Material, so glaubte man von dem so eingenommenen höheren Standpunkt aus die Lehre vom Erwerb durch Tradition erst recht gründlich zu verstehen. Es ging dabei, wie es auch sonst nicht selten geht: durch die aus unerweislichen Prämissen gezogenen Resultate wähnte man die Prämissen selbst erwiesen.[2])

Hier nun einige Belege für das Gesagte.

A) Der Vertrag.[3])

---

*) S. den Zusatz am Ende dieser Schrift.

[2]) Wenn also Strempel, S. 19, bemerkt: „Vielleicht hängt diese Lehre (v. d. justa c. tr.) eng zusammen mit der alten Lehre über ... titulus und .. modus," so dürfen wir an die Stelle des „vielleicht" unbedenklich ein „gewiß" setzen. Das zu erkennen, genügt schon ein Blick in Höpfner (5. Aufl. 1804), §. 293; Wiener Heineccius, Institt. 180 ff.; Glück, VIII. Bd., S. 83 ff., S. 112 ff.

[3]) Vgl. Savigny, III, §§. 140, 141; Unger, II, §. 93.

Wolf, Jus nat., III vol., §. 788: „Pactum s. pactio est conventio, qua duo v. plures in eandem v. easdem promissiones consentiunt." §. 784: Promissione acquiritur ius ad rem.

Daries, Instit. jurispr. univ., §. 420, n. 2 (p. 218): „ius pactitium inter iura personalia solummodo referendum esse, a Doctoribus affirmatum."

Preuß. L. R. §. 4, I, 5.

Oesterr. a. b. Gb. §. 861: „. . . nimmt der Andere das Versprechen giltig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zu Stande."

Höpfner, S. 790: „Vertrag ist . . . ein acceptirtes Versprechen."

Zeiller, Natürl. Privatr. (3. Aufl. 1819), S. 136: „Das angenommene Versprechen heißt ein Vertrag."

Groß, Lehrb. der philos. Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1841), §. 178: „Ein Versprechen und die Annahme desselben machen zusammen einen Vertrag aus."

Und selbst noch Vangerow, Pandekten, I, §. 350, Anm. 1. d, 1): „Das Wesen eines jeden Vertrages besteht in einem Versprechen." . . .

Was mir aber bloß versprochen ist, das habe ich noch nicht. Zwischen Haben und Bekommen-sollen ist — trotz l. 143, D. L, 16 — ein gewaltiger Unterschied. Also kann ein Vertrag nur einen persönlichen Anspruch, ein Forderungs-, nicht aber ein dingliches Recht bewirken.

Groß, §. 182: „Da ein Vertrag nur ein persönliches Recht bewirkt." . . . (vgl. §. 181).

Wiener Heineccius, Inst., S. 214: (nach röm. R.) „wirket der Vertrag nur ein persönl. Recht."

Vangerow, I, §. 311, Anm. 4: (im röm. R.) ist der Satz, daß durch Verträge nur Obligationsverhältnisse . . . entstehen, fest begründet." §. 350 cit: „Aus einem Vertrage kann nach den Principien des röm. R. nur eine obligatio entstehen;" u. ebd. Z. 4) sagt er, daß er „es für civilistisch unmöglich halte, das dingliche Servitutenrecht durch Verträge entstehen zu lassen." . . .[4])

[4]) Gegen ihn Ad. Schmidt im Jahrb. d. gem. R., III, S. 268 ff. — Vangerow findet es „unbegreiflich", wie so Puchta, Instit., II, §. 256, N. ii

Erſt wenn der Vertrag erfüllt iſt, dann habe ich die Sache.

Daries Instit. jur. univ. §. 475 (p. 251): „Promissio quatenus acceptata est, constituit pactum perfectum. Et si promittens promissa praestitit, pactum vocatur consummatum. Uti igitur ex pacto, quod solummodo perfectum est, ius ad rem oritur, ita pactum consummatum constituit ius in re.“ Vgl. auch Wolf, Jus nat., III. Bd., §. 783, Note (S. 552).

Groß, §. 181, Note: „Durch Abſchließung eines Vertrags, welcher das Geben einer Sache betrifft, wird der Promiſſar noch nicht Eigentümer der Sache; er wird es erſt dadurch, daß ihn der Promittent in den Beſitz derſelben ſetzt . . . (Uebergabe, traditio); denn durch den Vertrag hat er nur das Verſprechen, nicht das Verſprochene erworben. Erſt durch die Beſitznahme geht die Sache ſelbſt auf den Promiſſar über; er hat nun ein dingliches Recht.“

Was wir heute einen ſachenrechtlichen Vertrag nennen, conſtruirte man als einen beim Abſchluß ſofort erfüllten obligatoriſchen Vertrag.

So Zeiller, §. 108 u. §. 93, Note; Egger, S. 174.

Dieſe Anſicht ſtützte ſich auf falſche Generaliſirung gewiſſer Erſcheinungen des Verkehres, die man nicht gehörig analyſirte. Man überſah den Unterſchied zwiſchen dem Falle, wo ich — vielleicht ohne daß ein Wort geſprochen wird, — beim Bäcker um 2 kr. eine Semmel erwerbe, und dem Fall, wo ich die 2 kr. einem Bettler ſchenke. Dort fallen drei Verträge (ein obligatoriſcher und zwei ſachenrechtliche) der Zeit nach zuſammen, laſſen ſich aber ideell ſcheiden; wir können das (allerdings einen anderen Fall betreffende) Wort des Celsus, l. 3 §. 12 D. XXIV, 1, hier anwenden: „celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari.“ In dem letzteren Fall dagegen vollzieht ſich nur ein Vertrag; denn weder in einem phyſiſchen, noch in einem denkbaren Moment exiſtirte eine Verbindlichkeit zu ſolcher Gabe. Ebenſo bei den meiſten Gelegenheits-

---

habe ſagen können, B.'s Anſicht ſei nichts „als ein Ueberreſt der verſchollenen Lehre vom titulus und modus adquirendi . . .“ Wir aber können nicht zweifeln, daß Puchta damit das Richtige getroffen hat.

geschenken. Solche „Ueberraschungen" sind Musterfälle von, durch kein obligatorisches Moment vorbereiteten, Uebereignungsverträgen.[5])

Gegen jene Auffassung des Vertrages hatte schon Krug (Rechtslehre, S. 169) eingewendet, daß es ja Verträge gebe, denen kein Versprechen zu Grunde liege.

Es ist sehr bezeichnend, was Zeiller (§. 93, Note) darauf erwidert, nämlich; „daß die wirkliche Leistung sich als Willenserklärung, dem Andern auf das Object derselben ein Recht einzuräumen, betrachten lassen müsse, weil sonst die Entstehung des Rechtes für den Letzteren nicht begreiflich wäre." Damit hat er ganz richtig das Wesen des sachenrechtlichen Vertrages bezeichnet, ohne aber zur Erkenntniß eines solchen durchzudringen; denn er übersieht, daß hier zwar Willenseinigung, aber kein angenommenes Versprechen vorliege; beide also nicht identisch seien, der Vertrag mithin nicht notwendig ein obligatorischer sein müsse.

So nur begreift man eine andere scheinbar widerspruchsvolle Erscheinung. Germanische Rechtsanschauungen[6]) und die dem Natur-

[5]) Auf einem Uebersehen dieses Unterschiedes beruhen auch Windscheid's Ausführungen im II. Bd., §. 365, N. 18. — Wollte man aber auch die dort angestellte Vergleichung gelten lassen, so würde daraus nicht folgen, daß die Schenkung in's Oblig. R., sondern daß der Kauf in den allgem. Teil zu stellen sei. Und dies wäre (ich sage nicht: richtig, aber doch) nicht so absurd, als es auf den ersten Blick scheint. Der ursprüngliche Begriff des Kaufes (Sache um Geld) hätte sich im Laufe der Zeit vollständig in die allgem. Kategorie der Entgeltlichkeit verflüchtigt, wenn man nicht einerseits gerade an dem Merkmal des pecuniären Entgeltes festgehalten hätte, und, wenn nicht andererseits der Kaufbegriff bei der Erweiterung seines Gebietes auf bereits feststehende Begriffe (locatio cond., Innominatcontracte) gestoßen wäre, an denen jene Erweiterung eine Gränze fand. Man bedenke nur, was alles Kauf genannt wird: Servitutbestellung gegen pecun. E., Cession gegen p. E., Befreiung von einer dingl. oder persönl. Last gegen p. E.; selbst der Besitz kann verkauft werden; ungeerntete Früchte können Object des Verkaufes sein. Es ist offenbar nur historisch zu verstehen, weshalb nicht auch die verschiedenen Fälle der locatio dem Begriff der venditio unterstellt wurden (wie wir es ja überhaupt im bes. Teil des Obl. R. mit historisch, positiv abgegränzten, nicht mit logisch begränzten Begriffen zu tun haben). Es darf darauf hingewiesen werden, daß neuere Gesetzbücher (z. B. das österr., §. 922 ff. manches, nach röm. R. dem Kaufe Eigenthümliche auf „entgeltliche Ueberlassungen" überhaupt ausgedehnt haben.

[6]) S. vorigen Aufs., N. 73.

recht eigentümliche Unterschätzung der Form führten viele Bekenner dieser Richtung dahin, die römische Lehre vom Eigentumserwerb zu verwerfen und „ein dingliches Sachenrecht schon durch den Vertrag allein" entstehen zu lassen.[7]) Man begreift, warum diese Lehre für ein tieferes Erfassen des Vertragsbegriffs ganz unfruchtbar blieb. Man dachte nämlich auch hier an obligatorische Verträge, sprach von „Promittent" und „Promissar" (Zeiller, §§. 108, 109) und kam zu dem monströsen Gedanken, ein Versprechen absolut wirken zu lassen! —

Jene andere Theorie aber sagte: „Erfüllt muß das Versprechen sein, damit der Promissar Eigentümer werde." Während also wir h. z. T. die Tradition in vielen Fällen nur dann als solutio gelten lassen, wenn sie Eigentumsübertragung bewirkt; erschien den damaligen Schriftstellern die Tradition deshalb als Eigentumsübertragung, weil sie solutio ist. Und diesem Gedanken, mit aller Bestimmtheit ausgesprochen, begegnen wir wieder bei einem der neuesten Autoren, bei Voigt. Auf S. 122 erhebt er die Frage, „ob insbesondere die Tradition zum Eigentumsrechte einen Rechtsgrund erfordere, oder ob, was dasselbe besagt, die Tradition, um Erwerbmodus zu sein, rein dingliches Rechtsgeschäft sein könne, oder aber ob dieselbe zugleich Solution sein müsse." . . . S. 134 versichert er, daß „wir in der Tat als unbestrittenen Satz des römischen Rechtes ansehen dürfen, daß die Tradition zum Eigentume mit Notwendigkeit eine causa erfordert," und S. 145 bestimmt er die causa „als dasjenige obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtende Rechtsverhältniß, welches der Tradition in deren Stellung als Solution jener Leistung unterliegt." Dabei gibt er sich die vergebliche Mühe, jedem „animus" ein obligatorisches Moment abzugewinnen, ausdrücklich selbst der „Schenkung ohne vorausgehendes Schenkungsversprechen"; und indem er so versucht, der Tradition überall einen „secundären Rechtsgrund", nämlich eine obligatorische causa zu „unterbreiten" (z. B. S. 126, N. 30), löst sich ihm diese in Nebel auf.[8]) —

---

[7]) Vgl. die in N. 73 des vorig. Aufs. Citirten, dann Wiener Heineccius Institt., S. 214, Zeiller, Nat. P. R. §. 109.

[8]) Gegen Voigt: Witte, S. 10, col. 2 ff., Arndts, §. 145, A. 4.

B) Die Tradition.

Es leuchtet nun von selbst ein, wie diese Auffassung des Vertrages notwendig jene irrige Vorstellung von der Tradition bestärken mußte. Gibt es nur obligatorische Verträge, so kann die Tradition kein Vertrag sein. Ist diese aber nicht die Manifestation des auf Begründung eines Rechtes gerichteten Willens, sondern lediglich ein dem Versprechen conformes Verhalten, so liegt aller geistige Gehalt des Geschäftes außer ihr, vor ihr. Sie hat an sich keine Kraft, als etwa die, die Detention zu ändern (Dabelow, Einl. in die deutsche positive R. W., 1793, §. 178). Sie ist eben nur der modus acquirendi; und dies Aeußerliche hat in sich keine Kraft, sondern nur in Verbindung mit dem Titel (vgl. Dabelow, §. 811). Der Belege für diese Auffassung haben wir im vorigen Aufsatz genug kennen gelernt. Auch unter den Neueren hat sie Vertreter: Thibaut, Versuche, I, S. 186, spricht von dem „äußeren leeren Factum der Uebergabe"; Scheurl, Beitr., I., S. 190: „die Trad. an sich ist eine reine Tatsache und hat auch als solche nur eine tatsächliche Wirkung". Und ähnliche Aeußerungen sind nicht selten.[9]) Nachdem man so allen geistigen Gehalt aus der Tradition weggedacht hat, braucht man freilich eine justa causa praecedens; steckt in der Tradition kein animus, so muß einer ihr vorhergehen. „Soll die Uebergabe eine Kraft, das Eigentum zu übertragen, haben, so muß damit ein Rechtstitel verknüpft sein, der ein Eigentum zu geben, die Absicht und Fähigkeit hat. Sie ist an sich eine todte Handlung; der dabei vorkommende Titel muß ihr das Leben, den Geist und die eigentliche Richtung mitteilen." [10])

Das erinnert an den Ausspruch Lichtenberg's:[11]) „Er tödtet die Materie und sagt hernach, daß sie todt sei!" — —

Jene umfassende Lehre von Titel und Modus ist nun zwar abgetan; das Erforderniß der justa causa traditionis, wie es noch im Anfang des Jahrhunderts allgemein vorgetragen wurde, wird teils

---

[9]) Vgl. Ziebarth, S. 233, N. 3, 4, und Gruchot, Beiträge VIII, 402 ff.

[10]) Westphal, System des röm. R. über die Arten der Sachen u. s. w. (1791), §. 481.

[11]) In der Göttinger Ausgabe von 1867, im I. Bd., S. 54.

wesentlich anders verstanden, teils ganz aufgegeben; — aber Einer jener Gedanken, die wir als ein zusammenhängendes System erkannt haben, lebt noch und erfreut sich allgemeiner Zustimmung, so wenig er sie verdient: der Gedanke nämlich, daß dingliche und persönliche Rechte sich verhalten wie „Haben" und „Bekommen-sollen". Brackenhöft (in der Ztschft. f. deutsch. Recht, VIII (1843), S. 22: „was dem Berechtigten nach dem Vertrage erst noch gegeben werden soll, das kann er vermöge desselben noch nicht haben." Brinz, Pand., S. 362: „Dieser Gegensatz des Habens und Bekommens".... Aehnlich Förster, preuß. P. R., I, S. 115, Exner, Tradition, S. 5, 6, u. A. Es ist schon früher an einem anderen Orte [12]) gezeigt worden, wie wenig damit der wesentliche Unterschied persönlicher und dinglicher Rechte bezeichnet werde; wie dieser vielmehr durch die Schlagworte „Nehmen" und „Geben" angedeutet werden könne. Doch blieb solche Einsprache, wie es scheint, unbeachtet.[13]) Vielleicht trägt obige Darstellung, welche jenen Gedanken in der heimischen Umgebung zeigt, etwas dazu bei, ersteres Wortpaar einiger Maßen zu discreditiren. Um aber zugleich das letztere Paar wirksamer zu empfehlen, mag hier die altehrwürdige Stimme der verba civilia reden. Diese lauteten bekanntlich bei dem sachenrechtlichen Legate (wie Kuntze, I §. 915, das Vindicationslegat nennt) so: Legatarius rem capito, sumito! Bei dem obligatorischen oder Damnationslegat so: Heres meus rem legatario dato! —

§. 2.

Fortsetzung.

Im Vorstehenden haben wir den Zusammenhang der Lehre von der justa c. tr. mit anderen gleichzeitigen Lehrmeinungen, namentlich dem Dogma von Titel und Erwerbungsart kennen gelernt; und es mag

---

[12]) S. meinen Aufsatz in der allgem. österr. Ger. Ztg. von 1870, Nr. 9, 10. [Im Eingange ist dort, Z. 4, zu lesen: „Das Recht" nicht: „Der Rest," und Z. 7: „Am reinsten," nicht: „Am meisten."] Den Gegensatz von Geben und Nehmen betont auch Ziebarth, z. B. S. 204.

[13]) S. z. B. Exner, Pfandbegriff (1873), S. 49.

noch bemerkt werden, daß die ersten Angriffe gegen dieses Dogma [14]) die Erwerbung durch Tradition ausdrücklich von dem Tadel ausgenommen haben. Nun aber müssen wir genauer angeben, was unter der justa causa trad. verstanden wurde. In Kürze nun läßt sich sagen: man dachte sich die causa als etwas Objectives, Selbständiges, Obligatorisches; ferner sollte die causa in der Regel eine gültige obligatio sein, doch ließ man Ausnahmen gelten. Diese verschiedenen Seiten der alten Theorie müssen wol aus einander gehalten werden.

1) Wurde die causa objectiv gedacht, d. h. als ein Teil des objectiven Tatbestandes. Schon der beliebte, nicht quellenmäßige Ausdruck titulus (s. vor. Anm. N. 93) sagt dies deutlich genug.

2) Unabhängig hievon ist der Gedanke an ein rechtsgültiges Verhältniß; denn auch ein ungültiges Geschäft ist immerhin etwas Objectives. Hugo (C. Mag., IV, S. 151, 152) hat darauf hingewiesen, wie das Wort „titulus" zunächst gar nicht sage, ob es sich um einen wahren oder ungegründeten „Vorwand" handle, wie man sich aber später gewöhnte, unter „Titel" einen justus tit. zu denken, was in dem englischen „entitled" auffallend hervortritt.

3) Wieder etwas anderes ist die Selbständigkeit der causa, d. h. ihre von der Tradition unabhängige, abgesonderte Existenz. Ein gültiges Handgeschenk ist etwas Objectives und Gültiges und dennoch nichts Selbständiges (in dem angegebenen Sinne).

4) Endlich ist die Auffassung der causa als einer obligatio durch keinen der obigen Punkte von selbst gesetzt; denn wir haben gesehen, wie das jus ad rem, bei dem alle die obigen Merkmale zusammentreffen, auch eine andere Auffassung sehr wol zuläßt. Andererseits freilich sind mit diesem vierten Merkmal das erste und dritte von selbst gesetzt. Ebenso ist in dem dritten das erste mitenthalten.

Der erste Punkt bedarf keiner Belege; denn noch heute stimmen ihm die Meisten bei; auch ist er mit dem dritten und vierten mitbewiesen. Ein Beleg aber für den dritten ist die oft wiederkehrende

---

[14]) Hugo, Civ. Mag., I, Nr. 11; Thibaut, Versuche, I, Nr. 11; Hugo, Mag., IV, Nr. 6; Seuffert, Erörterg., II, 3. — Vgl. Glück, VIII, S. 83 bis 85, 90 ff. Thibaut, System (8. Aufl. 1834), §. 736.

Versicherung „solum titulum non transferre dominium, nisi accedat traditio;“ s. z. B. Brunnemann, Comm. in Cod. (1699), p. 292; vgl. Bartolus, ad l. 50, D. VI, 1; — ferner das tausend Mal wiederholte „j. c. praecedere debet“, was freilich die l. 31, pr. D. 41, 1,[15]) für sich hat. Es ist schon eine ungewöhnlich vorsichtige Textirung, wenn Vultejus, Jurispr. rom. (1628), p. 379, sagt: „Hic titulus, haec causa est conventio traditionem . . . natura et plurimum etiam tempore antecedens“ . . . Von den Neueren sei beispielsweise Keller erwähnt, der die causa als „ein Rechtsgeschäft“ bezeichnet, woran sich „die Tradition anlehnt“ (Pand., 2. Aufl., S. 283).

Der Belege für den vierten Punkt haben wir im vorigen Aufsatze viele kennen gelernt. Vgl. unter den Späteren z. B. Westphal, S. 389 (§. 483): „Der Titel gibt nur ein persönliches Recht, die Uebergabe verwandelt dies erst zu einem jure in re.“ Auffallend ist es, daß Hugo, welcher doch so eifrig der Lehre von Tit. u. Mod. entgegentrat, diesen Irrtum doch mitmachte. S. 1) Lehrb. d. röm. R., §. 78 („Foderung“). 2) Mag. I, S. 85: bei der Tradition sei „der Satz wahr, daß der titulus an sich nur ein jus in personam gibt; in allen anderen Fällen ist er falsch; denn nur bei der traditio ist die causa praecedens eine obligatio.“ 3) Mag. IV, S. 156, vbs.: „denn es müssen Begebenheiten . . . auf sie sich beziehende Foderung“. 4) Ebd. S. 163, 164. 5) Ebd. S. 178: „die Tradition, weil diese in Gemäßheit einer Foderung geschehen muß.“ Auch verfällt er (S. 179) dem naturrechtlichen Irrtum, der in jedem Vertrag eine obligatio sah. Daß die Tradition eine obligatio voraussetze, verstehe sich von selbst: es gehöre zu ihr eben der Wille des Gebenden und des Empfängers. „Jener und dieser zusammen setzten entweder schon ein früheres Geschäft voraus, oder sie machen eines, das zwar freilich keine obligatio civilis wäre, aber doch eine naturalis, und schon diese ist hinreichend, wo die Erfüllung nicht erst erzwungen werden soll, sondern schon geschehen ist. . . .

---

[15]) Diese hat es auch verschuldet (durch das „praecesserit“), daß man die causa sich stets als ein selbständiges, obligat. Verhältniß dachte. Vgl. Savigny, Obl. R., II, S. 256.

So liegt bei den Verfassern der Instit. (§. 40, J. II, 1) die Foderung nur in der voluntas domini rem suam in alium transferre volentis" . . . Auch hierin folgt ihm Seuffert, Erörterg. II, S. 23. — Richtiger Fritz, Erläuterungen I, S. 251 fg. Heutzutage ist es allgemein anerkannt, daß auch dieser Erwerb einer Präparirung durch ein obligatorisches Verhältniß nicht bedarf.

Rücksichtlich des Erfordernisses der Gültigkeit hingegen mußte man von jeher Ausnahmen gelten lassen. Schon die Glosse zu l. 31 D. 41, 1, lautete „causa praedens vera vel putativa; und dies haben die Schriftsteller der vorigen Jahrhunderte meist wörtlich nachgeschrieben,[16]) auch in der Motivirung nicht über das „alioquin totus titulus de condictione indebiti repugnaret" hinauskommend. Zu den wenigen Ausnahmen gehört Pothier, der auch auf die cond. causa data hinweist. Schon dieser handgreifliche Widerspruch mit der Lehre von der cond. indeb. hätte zu einer richtigeren Erkenntniß führen müssen, wären nicht Schulregeln: wie „ex titulo dominium pullulat;" „a primordio tituli" müsse der Effect der Tradition beurteilt werden, im Wege gestanden. Man flüchtete sich hinter die Clausel, „saltem opinione" der Parteien müsse eine iusta causa vorangegangen sein.[17]) Dieser corrigirende Zusatz hätte wieder dazu führen sollen, die causa als subjectives Erforderniß aufzufassen,[18]) aber da stand wieder die Theorie vom Titulus und Modus im Wege. Manche standen auch unter dem Einfluß der Tatsache, daß bei der Usucapion zuweilen ein Putativtitel genüge. Da die Verwechslung der Usucapionstitel und der causae trad. noch heute nicht ganz beseitigt ist,[19]) so dürfen wir uns nicht wundern, wenn z. B. Andr.

[16]) Beispielweise: Bartolus, Joa. Faber, bei l. 31 D. 41, 1; Perneder, Instit., fol. XXXI, 2. S. „ain rechter wahrer oder zum wenigsten ein vermutlicher contract und Tittel vorgangen sei" .... und so beinahe bei allen Schriftstellern.

[17]) Vgl. Alciatus in der N. 20 cit. Stelle; Vinnius bei §. 40, J. II, 1; Dabelow, II, §. 1248.

[18]) Selbst noch Voigt bleibt in diesem Widerspruch befangen, indem er — ganz auf dem Solutionsstandpunkt stehend — es doch für genügend erklärt, wenn auch nur der Tradent eine causa als vorhanden annehme.

[19]) S. z. B. §. 1461 des österr. b. G. B. „Dergleichen (Ersitzungstitel) sind z. B. das Vermächtniß, die Schenkung, das Darleihen, der Kauf und Verkauf,

Alciatus eine causa trad. putativa nur dann für genügend hält, wenn die beiden Parteien sie nicht nur für gültig halten, sondern auch einen justus et probabilis error für sich anführen können.[20])

Bis in den Anfang dieses Jahrhunderts hinein waren die Ansichten darüber geteilt,[21]) ob die Ungültigkeit des zu Grunde liegenden Geschäftes, also namentlich der obligatio praecedens auch die Ungültigkeit der Tradition zur Folge habe, oder nicht. Die Quellen drängten zur verneinenden, die scholastischen Regeln zur bejahenden Antwort. Apel hat zwar trotz seiner dialektischen Art auch hier das

---

der Tausch, die Zahlung u. s. w." Vgl. §. 14 Inst. II, 6; l. 3 §. 21 D. 41, 2. Der genauere Sprachgebrauch wäre: „schenkungsweise Tradition u. s. w." Vgl. Hugo, Civ. Mag., IV, S. 154, 156; Fitting, im Arch. f. civ. Pr., 51. Bd. S. 269, 270, jedoch auch S. 388, 389; Unterholzner, Verjährungslehre, I, §. 108 a. E.: „Die Uebergabe ist ein notwendiger Bestandteil des justus titulus," und ebend. §. 101, N. 355. C. Sell, Eigentum, S. 209 ff. „Setzt sich Jemand eigenmächtig in den Besitz der gekauften ... Sache, so liegt kein rechtsgültiger Titulus pro emtore vor." — Müller, Instit., S. 190, N. 18. Hieraus nun erklärt es sich, warum die gemeinrechtl. Schriftsteller den Ersitzungsbesitz als titulirt und redlich bezeichnen, während das österr. G. B. und die österr. Schriftsteller noch ein drittes Erforderniß hervorheben: s. §. 1460: „Zur Ers. wird ... erfordert .... daß sein Besitz rechtmäßig, redlich und echt sei." §. 1464. [Echt = sine vitio: s. §. 345]. Vgl. noch H. v. David, Ersitzungstitel (Wien 1869), S. 11, N. 6: zum tit. pro emtore gehört die Tradition; deßhalb ist hier „über die Art und Weise des Besitzerwerbes ... in den Quellen keine bestimmte Vorschrift enthalten, während bezüglich des Legates, wo in der Regel der Eigentumserwerb vom Besitzerwerb unabhängig ist, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß der Besitz sine vitio erworben sein müsse; eine Bestimmung, die dort, wo die Trad. zur Ers. notwendig war, ganz bedeutungslos erscheinen würde." Vgl. ebd. S. 25, 26.

[20]) Vgl. Opera omnia (Basel 1582) T. III, col. 199, 200: „causa, quae translationi sufficit, sive vera sit, sive contrahentium credulitate pro vera existimetur" mit T. I, col. 395: ein auf just. et probab. error beruhender titulus „pro vero sufficit, non solum dominio acquirendo, sed etiam usucapioni," wo die im Druck hervorgehobenen Worte doch wol nur auf den Erwerb durch Trad. bezogen werden können.

[21]) S. z. B. einerseits für die richtige Ansicht: Mackeldey, §. 256, und von Früheren beispielweise Baldus ad l. 7 D. de dolo IV, 3; andererseits die unrichtige bei Weber, Klagen und Einreden, I, S. 84; vgl. Berger, Oecon. jur., lib. 2, tit. 2, §. 18, n. 4.

Richtige getroffen,[22]) aber nicht Alle behielten so freien Blick. Mit welchen Schwierigkeiten die richtige Erkenntniß zu kämpfen hatte, davon gibt eine Diss. de dom. ex contractu doloso non translato von J. A. Hagemeister (praes. Ludovici 1736) eine interessante Probe. Im §. 31 wird da mit einer gewissen Entrüstung folgender Satz aus Struv citirt: „Licet obl. . . . sit nulla, dom. tamen transf. per trad., modo adsit voluntas id transferendi ex iusta, sive iure probata causa.“ Dazu bemerkt der Verfasser: Lubens fateor, quod haec ratiocinatio captum meum superet (!) . . ., hoc non legi, quod nuda trad. sufficiat absque praecedente (!) voluntate. Traditione res fiunt nostrae, si prius per conventionem nobis debitae fuerunt. . . .“ Causa iusta s. iure probata est titulus habilis ad transferendum dominium, titulus ille oritur ex contractu, ubi autem dolus causam dedit contractui, ibi nullus est contractus, nullus titulus habilis, nulla causa iusta s. iure probata, sed potius reprobata.“ Der Gedanke war, wie er anderswo gelegentlich auch ausgedrückt wird: aus einer kranken Wurzel kann kein gesunder Stamm erwachsen; also „titulus invalidus non transfert dominium.“[23])

Diejenigen aber, welche das Moment der Gültigkeit überhaupt fallen ließen, mußten sich nach einer anderen Erklärung der justa causa umsehen. Man erklärte sie mit „habilis causa“,[24]) „ad translationem dom. habilis“ oder „sufficiens[25]) c.“ „titulus aptus ad transferendum dominium“,[26]) „contractus vel pactum jus do-

---

[22]) „Ex quibus colligi potest ratio, propter quam ex inutili contractu saepenumero transferatur dominium .... Nimirum quod tale dominium causam proximiorem habet traditionem, quae causa prox. spectari debet“ (Method. dialect. ratio, 1535, fol. M. II, S. 1).

[23]) In der Diss. v. Lintzen (pr. Dürfeld) (1675) aph. 52, cf. aph. 13 sq.

[24]) Bartolus bei l. 31 D. 41, 1; Lauterbach (in der Ausg. v. 1784), III, lib. 41, tit. 1, §§. 50 ff. Brunnemann, comm. in Cod. p. 291; Voet, Pand.-Comm. (Ausg. v. 1734), II, S. 739; Heineccius, Elem. jur. civ., p. 104. Diese Citate statt hundert anderer.

[25]) Alciatus, vgl. N. 20.

[26]) Richerus, Univ. jurisp. (1821), III, p. 194, §. 755. Hertius, l. c. p. 83 („tit. ad tr. d. idoneus“).

minii translativum.“ [27]) Unzählige Mal wurden diese Formeln, namentlich das „habilis“ nachgeschrieben, ohne daß man sich die Mühe genommen hätte, darüber in's Reine zu kommen, was das eigentlich heiße. Die einzige Aufklärung, wenn man eine für nötig hielt, waren die seit Jahrhunderten bis heute [28]) stereotyp gebliebenen Beispiele für causa habilis: donatio, venditio, mutuum, solutio etc., für c. inhabilis: precarium, commodatum, depositum, pignus. . . . Man dachte sich eben bei der c. habilis einen „praecedens verus titulus, quo dominia quaeri solent,“ wie die l. 6 Cod. VII, 14, sagt. Ob es sich aber dabei bloß um den Beweis des Uebereignungswillens handle, oder ob dem Willen der Parteien damit eine Schranke gesetzt sei, darüber gab man sich selten Rechenschaft. Die Mehrzahl hielt an dem Gedanken des objectiven Erfordernisses fest, der ein tieferes Nachdenken ausschloß. Statt vieler zwei bezeichnende Aussprüche: „Praeterea traditionem esse modum infirmiorem, sic ut iustam causam requirat,“ . . . d. h. er wirke nicht durch eigene Kraft, wie andere modi (Apel, Isagoge, p. 144). Und: „Limitat et causa trad. effectum; nam qui ex depos., comm. . . . tradit, non transfert dominium.“ (P. Greg. Tolosanus, Syntagma, 1591, L. XL., cap. 7). Also Voraussetzung und Schranke, nicht: Erkenntnißmittel für den Uebereignungswillen. Manche schwanken zwischen beiden Gedanken.[29]) Wieder Andere endlich vollenden die Verwirrung, indem sie bei „iniusta causa, c. inhabilis, titulus invalidus“ bald an ein Commodat u. dgl., bald an ein ungültiges Kaufgeschäft, eine verbotene Schenkung u. s. w. denken.[30])

---

[27]) Bertachinus, Repertor. (Venedig 1570), V, fol. 238, col. 2. Hertius, l. c. p. 65 sq.

[28]) Vgl. z. B. Böcking, Pand. II, S. 159, N. 28.

[29]) Ein auffallendes Beispiel dieser schillernden Auffassung der justa causa gibt selbst ein neuester Schriftsteller: Th. R. Schütze im Jahrb. d. gemein. deutsch. R., III. Bd. (1859), wo zuerst der Gedanke des objectiven Erfordernisses vorwaltet (S. 430 namentlich vb.: „nur ein solches Rechtsgeschäft kann den Grund eines vernünftigen Traditionswillens bilden,“ wobei Strempel's gegenteilige Ausführungen ganz unberücksichtigt bleiben) und dann (auf derselben S. 430 unten): man könne sonst (ohne solche causa) nicht wissen, ob ernstlich Eigenthum übertragen werden wollte.“

[30]) Vgl. z. B. die in d. N. 23 cit. Dissert., aph. 11, 12 sq.

§. 3.

Die Donellus-Savigny'sche Theorie.[31])

Bei Anderen dagegen brach sich die Erkenntniß Bahn, daß die Auffassung der justa c. als eines objectiven Erforderniſſes der Tradition, die Vorstellung von einem der Tradition notwendig vorausgehenden Rechtsgeschäft doch unhaltbar sei, sobald man zugibt, daß das Geschäft nicht gültig zu sein braucht, ja daß schon die irrige Annahme eines solchen von Seiten der Parteien genüge. Die wahre Bedeutung der „justa causa" müsse also eine andere sein; und man glaubte sie darin zu finden, daß die causa eben ein indicium sei, aus dem der Traditionswille erschlossen werden könne.

Dieser Gedanke findet sich nicht selten angedeutet; klar, wenn auch nur gelegentlich ausgesprochen bei Fr. Duarenus, Pand. Comm., XLI, tit. 1, cap. 13, i. f.;[32]) näher ausgeführt von Donellus in seiner lichtvollen Art. Im lib. IV, cap. XVI, §. 7[33]) spricht er von den Geschäften, welche Eigentumsübergabe zu beziehen pflegen; dann von solchen, „in quibus traditur vel custodiae vel usus vel cautionis tantum gratia." §. 8 (p. 387) fragt Donellus: wie man nur dazu komme, trotz §. 40, J. II., 1, außer der Besitzübergabe und den übereinstimmenden auf Eigentumsübertragung gerichteten Willen noch ein drittes Erforderniß aufzustellen: „Nihil tertium praeter illa duo (requiritur);" die causa habe nur die Bedeutung „ut voluntatem confirmet . . . ostendatque, unde illa intelligatur." §. 9 (p. 388) . . . „nihil interest, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si caussa praecedens requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocunque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vere caussa non subesset, si tradiderit, nihilominus transtulisse . . . causa ad probationem tantum

---

[31]) Da der erste Urheber dieser Theorie wol schwer zu ermitteln sein dürfte, ist sie hier nach ihren berühmtesten Vertretern benannt.

[32]) In der Ausg. v. 1765, vol. II, p. 548.

[33]) Comment. de iure civili, Nürnberger Ausgabe von 1822, vol. II, p. 386 sq.

exigitur. . . .“ Zum Beweise dessen wird nun auf die condictio indebiti hingewiesen.

Vgl. Schneff, Disp. de Ficta s. Quasi-Traditione, 1662 (ductu et praes. J. A. Frommann), pag. 19 (N. XVII): „Ut constet, translationem possessionis rei hoc animo factam esse, ut res alienetur . . ., requiritur causa impulsiva (Titulus) . . ., quo trad., quae . . . extrinsecus quoad nudum in oculos aut aures incurrens factum indifferens est ad utrumque: domin. . . . transferendum aut non transferendum — nomen habeat.“ . . .[34])

Aehnliches bei Branchu (1721 fg.) (s. Lit.), nach einer Andeutung bei Strempel (S. 22, 23) zu schließen.[35])

Regenbrecht (s. Lit.) (1820), p. 26—42. Die Tradition an sich besage nichts, als Besitzänderung. Ob Eigentumsübertragung beabsichtigt war, könne man nur aus dem ganzen Geschäfte entnehmen (p. 27, 29, 34, 38, 39, 41, 42). Das Erforderniß einer causa praecedens widerlegt er durch Hinweisung auf das Handgeschenk (p. 29, 30) und auf das mutuum (p. 49, 50); p. 29 nennt er den dinglichen Vertrag selbst, diese Willensübereinstimmung die causa (also wie Puchta, s. unten); p. 35 aber zeigt, daß er dabei doch an die Schenkung, das Darlehen und andere „negotia“ denkt. P. 39 gibt er den Grund „cur J. C. causam in trad. commemorent, non item in mancipatione“ dahin an: „mancipatione nihil nisi dominium transferri potest; traditio vero ambigua [vgl. Frommann: „indifferens“][36]) est, ut crebro discerni nequit, utrum nuda possessio, an simul cum possessione dominium transmissum sit; (p. 40) proinde donationis causa indicabit, dom. esse acquisitum, pignoris c. possessionem efficiet.“

Der Eigentümer aller dieser Gedanken ist aber wol nicht

---

[34]) Schnepff citirt Ern. Cothmann, vol. 3, resp. 38, num. 106 sq. [E. Cothmann lebte 1557—1624; seine Consilien wurden zuletzt 1662 in Frlft. in 6 Fol.-Bdn. gedruckt].

[35]) Mir selbst war leider! Branchu's Werk unzugänglich.

[36]) Vgl. Savigny, S. 256 ff.; Strempel, S. 21, S. 149 ff.; Voigt, S. 122, N. 22, S. 123 ff.; Exner, S. 81 („mehrdeutige Form“).

Regenbrecht,[37]) sondern offenbar Savigny, dessen Schüler er war, und dessen Beihülfe bei der Abfassung seiner Diss. er selbst erwähnt. So nur ist es begreiflich, wie Savigny viele Jahre später genau dieselben Ansichten als seine eigenen veröffentlichen konnte.[38])

Auch Warnkönig[39]) (s. Lit.) läugnet, daß zur Gültigkeit der Tradition eine auf Eigentumsübertragung gerichtete Forderung, oder überhaupt ein gültiges, darauf gehendes Rechtsgeschäft notwendig sei (S. 114). „Die justa c. bestehe vielmehr in einer Tatsache, welche dem Empfänger einer Sache den Willen des bisherigen Eigentümers, ihm durch Tradition sein Recht zu übertragen, beweist und somit zur Rechtfertigung seines (Eigentum-) Besitzes dient . . .“ (115) „Die Tradition ist durchaus unabhängig von der dieselbe etwa begleitenden Forderung . . .“ (115). Dies wird begründet: 1) mit der Irrelevanz des error in causa (Julian.) (116), 2) mit Hinweis auf die cond. indeb. und cond. sine causa (117); 3) und die cond. ob turp. c. (118) 4) damit, daß die Realcontracte mit einem dare beginnen können (119 fg.) S. 126: „Da die Tatsache der Besitzübertragung nicht jedesmal auf Veräußerung schließen läßt, so wird noch eine andere Tatsache, in welcher der Wille des Tradenten, Eigentum durch Tradition zu übertragen, ausgesprochen ist, erfordert, das ist die justa c.“ (s. Savigny) . . . „oder vielmehr: die durch eine die Tradition begleitende Tatsache ausgesprochene Absicht des Tradenten ist die iusta causa“ (s. Brinz; ähnlich Puchta). — Deshalb sei irrelevant, ob die causa wirklich objectiv oder ob sie nur in der Meinung der Handelnden existire; auch brauche sie keineswegs immer „praecedens“ zu sein (127 fg.); noch auch gerade eine Forderung (131). S. 129 wird die Vermutung ausgesprochen, daß die Gewöhnung, den Usucapionsbesitz sehr oft nach bestimmten Verträgen zu benennen, vielleicht die einzige Ursache war,

---

[37]) Reg. erwähnt zwar (p. 29, n. 29) auch den Donellus; doch sei diese Ansicht bei ihm „nullis rationibus idoneis defensa“?!

[38]) Damit soll natürlich nur der Sachverhalt richtig gestellt, nicht dem Verfasser jener verdienstlichen Schrift nahe getreten werden; an ein Plagiat ist bei R.'s Verhältniß zu S. auch nicht entfernt zu denken.

[39]) Ihm schloßen sich an die Lehrbücher, z. B. von Mackeldey (1833), §. 256; Haimberger, (1835), II, S. 57, 58, bes. N. l; u. A.

weswegen die Römer bei der Tradition einer iusta c. erwähnten, „da es ja in jedem Falle ungewiß war, ob der Empfänger der Sache nicht der Ersitzung, um Eigentümer zu werden, bedürfe.“ [40]) —

1853 veröffentlichte Savigny im Obl. R. §. 78 seine Ansichten, die wir bereits oben kennen gelernt haben. 1856 wurden sie von Strempel (s. Lit.) weitläufig (150 SS.) begründet; doch versichert Strempel, von selbst zu dem gleichen Resultate wie Savigny gelangt zu sein. Es ist eben ein eigenes Ding um das ausschließliche Eigentum an Gedanken! Könnte man die ganze Dogmengeschichte klar übersehen, so würde es sich zeigen, wie wenig neue Gedanken in unserer Wissenschaft ersonnen werden. Und dies muß wol überall so sein, wo der Gedanke wieder nur Gedanken und menschliche Einrichtungen zu Objecten hat. — Nachdem Strempel von der Vieldeutigkeit des Wortes „Tradition“ (§. 1) und der Traditionshandlung (§. 2) gesprochen, eine Vermutung für den juristischen Besitz des Empfängers aufgestellt,[41]) und den Eigentumsvertrag als einen Formalvertrag bezeichnet hat (S. 22), formulirt er[42]) seine Ansicht über die j. c. tr. ganz übereinstimmend mit Savigny. — Sein Gedankengang ist dieser: Die j. c. tr. ist kein objectives Erforderniß der Tradition; denn a) kann ohne j. c. die tr. doch Eigentum übertragen, wie die Condictionenlehre zeigt (S. 25—47), b) genügt das Vorhandensein einer der „bisher als iustae betrachteten causae“ noch

---

[40]) Warnkönig hat seinem Aufsatz einige dogmengesch. Notizen angehängt (S. 131), die sichtlich später entstanden sind. W. selbst deutet an, selbständig zu obigen Resultaten gekommen zu sein und die Dogmengeschichte nicht gekannt zu haben. Unter seinen Vorgängern nennt er Regenbrecht mit lebhaftem, Donellus mit sehr kühlem Lobe (!); und erwähnt, Anklänge an die von ihm vertretene Auffassung bei Wesembeck, J. H. Böhmer und Hoffacker gefunden zu haben. — Bei der schillernden Bedeutung der „c. habilis“ ist es begreiflich, daß sich Anklänge auch bei Solchen finden, welche die falsche Vorstellung vom titul. trad. haben; z. B. Dabelow, II, §. 1248: „Die Absicht, die Sache in das Eigentum des Andern zu überlassen, welche daraus gefolgert wird, wenn .... ein rechtmäßiger Titel voraufgegangen ist.“

[41]) „Aus dem Geben und Nehmen der Sache allein ist weder für das minus (die Detention), noch für das plus (das Eigentum) zu präsumiren“ (S. 17).

[42]) S. 21, 22, 25, 40, 77; und namentlich in dem kurzen und klaren Resumé (§. 22, S. 149, 150).

an sich nicht, um mit Notwendigkeit auf Eigentumsübertragung zu schließen; vielmehr kommt alles auf den Willen der Parteien an. So kann bei der Dosbestellung vor der Ehe der Wille der Parteien auf sofortige Eigentumsgewährung gerichtet sein, möglicher Weise aber auch nicht (§. 9). Dieser Gedanke nun wird (§§. 6—12) bei den verschiedenen „iustae causae“ durchgeführt und dann c) gezeigt, daß trotz einer sog. c. inhabilis ein Uebereignungswille möglich und dann auch wirksam sei (S. 126—144). So verdienstlich in dieser Schrift der Nachweis der völligen Unhaltbarkeit der älteren Ansicht ist, so hat sich doch Strempel auf fast 100 Seiten (47—144) zu viel m. E. undankbare Mühe gegeben, das Selbstverständliche darzutun, daß wenn der Wille der Parteien ganz klar auf Nichtübergang des Eigentums gerichtet ist, Eigentum nicht übergeht trotz einer sog. habilis c.; — und daß andererseits, wenn der Wille derselben entschieden auf Eigentumsübertragung gerichtet ist, diese auch dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Parteien dem Geschäfte einen jener Namen gegeben haben, bei welchen man gewöhnlich nicht an Uebereignung zu denken pflegt (früher sog. c. inhab.). Zweifelhaft kann ja in solchem Falle höchstens das sein, ob das Geschäft dann noch den ihm beigelegten Namen verdiene. Zugleich hätten aber gerade diese ausführlichen Untersuchungen Strempel selbst auf den Gedanken bringen können, daß die Erklärung der iusta c. als eines Erkenntnißmittels für den Uebereignungswillen doch auch ihre schwache Seite habe.

Die Fälle, wo eine Tradition wegen iniusta causa ungültig ist, suchen die Anhänger dieser Richtung verschiedentlich zu erklären. Doch davon später. Hier genüge die Bemerkung, daß sie als etwas Singuläres, lediglich Positives betrachtet werden.[43])

Diese Ansicht, welche die Bedeutung der causa darin und nur darin findet, daß aus ihr erhelle, quid actum sit durch die „an sich mehrdeutige Traditionshandlung“; ist genau das Seitenstück zu der Auffassung, welche die Bedeutung der Tradition darein setzt, daß sie „Beweis und Garantie sei, daß der vorige Eigentümer nicht bloß habe veräußern wollen, sondern wirklich veräußert habe.“ (Warnkönig, S. 124). Auch Brackenhöft (S. 32) bezeichnet „als das Wesent-

[43]) S. vorläufig Strempel, §. 21.

liche der traditio . . . ein Moment, woran erkannt werden soll, daß eben eine alienatio oder constitutio iuris vorgenommen und nicht eine bloße Verpflichtung zum dare begründet sein soll.[44]) Vgl. Exner (S. 304): „in der Besitzübertragung documentirt sich der reife Entschluß zur Rechtsübertragung," — und S. 306 fg. — Dieser Gedanke kommt wieder in verschiedenen Nuancen vor: a) mit Beziehung auf das Verhältniß der Parteien (so Exner S. 307); b) mit der Richtung auf Dritte (so bei fast allen österreichischen Schriftstellern und auch sonst sehr häufig). Die Bedeutung des „Modus" setzt Förster I S. 118 darein, daß er dem dinglichen Rechte die Erkennbarkeit verleihe. (Vgl. auch Brackenhöft, S. 72 fg.) Andererseits vgl. jedoch Hugo, Civ. Mag. IV, S. 180. — c) Endlich kann das Moment der Erkennbarkeit mit Rücksicht auf die Parteien und auf Dritte betont werden. Und wirklich leistet die Tradition nach beiden Richtungen Dienste. Dritten teils dadurch, daß die Tradition allerdings in manchen Fällen eine Art Publicität erzeugt, noch mehr aber dadurch, daß in sehr vielen Fällen eben durch die Besitzänderung dem Veräußerer, der die Sache nicht mehr in seiner Gewalt hat, die factische Möglichkeit zu allerlei Täuschungen Dritter entzogen wird.[45]) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß die Tradition einen durchgreifenden Schutz gegen Malversationen gewähre. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil nicht jede Tradition die Sache der factischen Gewalt des Veräußerers entzieht.

§. 4.

Der gegenwärtige Stand der Lehre.

Nachdem wir die Entwickelung des Dogma bis zu diesem Punkte begleitet haben, verlohnt es die Mühe, Umschau zu halten darüber, was in den letzten Jahrzehnten über die iusta c. tr. gelehrt wurde und wol auch heute gelehrt wird, damit so der Geschichte des Dogma

[44]) Es ist von Interesse, die weiteren Bemerkungen Brackenhöft's (a. a. O.) mit Ihering's Theorie vom Besitzerwerb, namentlich dessen Bemerkung über die symbol. Tradition (1. Aufl. S. 180, 2. Aufl. S. 206) zu vergleichen.

[45]) Unsere Commentatoren und die Naturrechtslehrer haben hierin doch nicht ganz so Unrecht, wie Exner (S. 307, N. 61) meint.

gewisser Maßen eine kleine Statistik seiner Behandlung angefügt werde. Zu diesem Zwecke sollen nun namentlich die Lehr- und Handbücher Revue passiren.

Als allgemeine Charakteristik darf schon hier vorausgeschickt werden, daß so ziemlich überall darüber Klarheit herrscht, daß es im wesentlichen nur auf den übereinstimmenden, auf Eigentumsübergang gerichteten Willen der Parteien ankomme; daß daneben aber verschiedene Versuche gemacht werden, das Verhältniß der causa zu diesem Willen zu präcisiren, was zusammenhängt mit einer mangelhaften Einsicht in das Wesen der causa, welche sich besonders in den Aeußerungen über die iniusta causa verrät. Drei Momente also bezeichnen die dermalige Lehre: 1) richtige Erfassung der Tradition als des Uebereignungsvertrages; 2) unklare Vorstellungen von der causa; 3) falsche Vorstellungen von der iniusta c. tr.[46]) — Als Fortschritt gegen die ältere Lehre erscheint auch die Erkenntniß, daß die causa keineswegs notwendig eine praecedens zu sein brauche, sie könne auch gleichzeitig mit der Tradition hervortreten, ja selbst dieser nachfolgen (brevi manu tr.).[47]) Im Zusammenhang damit wird von den Meisten betont, daß die causa nicht gerade ein obligatorisches Geschäft zu sein brauche,[48]) während Andere noch in dieser Vorstellung befangen scheinen.

Es lassen sich nun die verschiedenen Formulirungen etwa in folgende Gruppen[49]) bringen:

I. Zuweilen wird, im Anschluß an die ältere Doctrin der Versuch gemacht, die causa als ein selbständiges Erforderniß des Uebereignungsvertrags hinzustellen, ihm aber gleich wieder durch einen berichtigenden Nachsatz die Spitze gebrochen. Sell, Eigentum (2. Aufl. 1852), S. 55: „Unter iusta causa hat man einen jeden rechts-

---

[46]) Hierüber erst unten.

[47]) Regenbrecht, p. 37; Warnkönig, S. 127 ff.; Puchta, Vorlesungen zu §. 148; Böcking, Pand., II, S. 158; Sintenis, I, S. 492; Müller, S. 178; Fitting (s. Lit.), S. 395; vgl. auch hier §. 6.

[48]) Z. B. Göschen, Vorl., II, 1, S. 174.

[49]) Viele Schriftsteller, weil eklektisch, kann man gleichzeitig in zwei Gruppen stellen.

gültigen Erwerbtitel des Eigentums zu verstehen, wie Kauf, Schenkung. . . ." Es genüge aber schon eine „iusta causa putativa."

Mühlenbruch (Madai), Pand. (4. Aufl. 1844), II, S. 77: „Der Tradition muß ein auf Eigentumsübertragung gerichteter Grund voraufgehn, oder doch wenigstens als voraufgehend gedacht werden. . . . Daß eine Forderung auf Eigentumsübertragung dadurch auch wirklich begründet sei, ist nicht erforderlich."

Keller schließt sich im Grundgedanken Savigny, in der Formulirung aber insoferne der älteren Lehre an, als traditio und causa wie äußerer und innerer Vorgang, wie Körper und Seele der Uebereignung gedacht sind. Er sagt (Pandekten, 2. Aufl. v. Lewis) (1866) S. 283, (§. 126): „Die bloße Handlung der Tradition genügt nicht, um den Empfänger zum Eigentümer zu machen; . . . es wird erfordert, daß sie sich an ein Rechtsgeschäft anlehne und davon ausgehe, welches den Willen des Eigentumsüberganges von beiden Seiten in sich schließt. Das ist die iusta causa."

Seuffert, Prakt. Pand. R. (3. Aufl. 1852), I, §. 132: „gegenseitige Absicht, Eigentum zu übertragen und zu erhalten, zufolge eines darauf gerichteten Rechtsgeschäftes. . . . Es hindert aber α) den Eigentumsübergang nicht, daß die Forderung . . . nur in der irrigen Meinung des Trabenten bestand; . . . β) daß das vorausgegangene Rechtsgeschäft durch Betrug und Furchterregung veranlaßt wurde. . . ."

Sintenis, I, S. 491, N. 9: „die caussa reicht hier vom wirklichen, und zwar regelmäßig vorangehenden Geschäfte, ähnlich wie bei der usucapio, bis in das Gebiet des Putativen hinein" (s. übrigens unten).

Am entschiedensten wird jener Versuch gemacht bei Müller, Institut. S. 178: „Jenem innern Erforderniß der beiderseitigen Willensübereinstimmung aber muß eine . . . rechtliche Tatsache (iusta c. tr.) entsprechen, welche ihrer objectiven Natur nach jenen beiderseitigen Willen bekundet, also geeignet ist, das Eigentum zu übertragen und in dem Empfänger den Eigentumswillen zu begründen. . . ." Aber auch hier kommt der berichtigende Satz nachgehinkt: „Wenn aber überhaupt . . . eine beiderseitige Willenscongruenz als wirklich vorhanden angenommen werden kann, so ist ein sonstiger Mangel . . . kein Hinderniß des Eigentumsüberganges."

II. Die causa ist nur insoferne von Bedeutung, als sie zur Constatirung des Uebereignungswillens dient (s. oben §. 3).

So Burchardi, Röm. R., 3. Heft (II, 2) (1844), S. 422: „die Tradition muß ex justa causa, d. h. aus einem auf Eigentumsübertragung gerichteten Grunde, der jedoch keine Verbindlichkeit zu sein braucht, . . . geschehen." Aehnlich Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht (3. Aufl. 1868), I, S. 491 fg.: „Rechtsgeschäft, . . . oder eine andere Tatsache, woraus die Absicht des Tradenten, Eigentum zu übertragen, erhellt." . . . Eine etwas andere Wendung gibt dieser Ansicht Göschen, Vorles., II, 1, S. 174: die j. tr. c. sei eine Tatsache, welche den Empfänger zu dem Schlusse berechtigt, daß der Trabent Uebertragung des Eigentums beabsichtige.

Die meisten Schriftsteller bringen die Savigny'sche Nuance in die Darstellung, indem sie von dem „an sich mehrdeutigen Act der Tradition" ausgehen. So Keller a. a. O. („denn sie, die Tradition, kann auch in ganz anderer Absicht geschehen, ist also an sich zweideutig").

Bähr, Anerkennung, §. 4.

Kuntze, Institt., I, §. 506.

Dernburg, Lehrb. d. preuß. P. R. (1872), S. 508 („causa . . . regelmäßiges Erkennungszeichen des Uebereignungswillens").

Windscheid, Pand., II, §. 330, N. 5. „Wenn der Satz aufgestellt wird, daß die Cession einer justa causa bedürfe, so ist das in keinem andern Sinne wahr, als das gleiche für die Tradition, wahr ist: es muß aus den vorliegenden Tatsachen ersichtlich sein, daß der Wille wirklich auf die Uebertragung der Forderung gerichtet ist." . . . Vgl. I, §. 171., N. 5: „l. 31 pr. D. 41, 1 . . . denkt an den nächstliegenden Fall, wo der . . . Wille durch eine der Tradition vorangehende Tatsache außer Zweifel gestellt ist. Notwendig ist dies aber nicht; jener Wille kann feststehn auch ohne c. praecedens, wie beim Handgeschenk." — Im übrigen manifestirt dieser Schriftsteller den vollständigen Bruch mit der alten Theorie dadurch, daß er bei den Erfordernissen der Tradition der iusta c. keine Erwähnung tut.

III. Die richtige Erkenntniß, daß wir es hier mit keinem selbständigen (positiven) Erforderniß zu tun haben, verleitete andere Ge-

lehrte zu der übertriebenen Behauptung, daß der Uebereignungswille (bez. der Consens) und die iusta causa identisch seien.

So Puchta, Pand., §. 148, „übereinstimmender Wille beider, Eigentum zu geben und zu nehmen, iusta c. tr.“ (fast wörtlich ebenso: Salkowski, Institt., 1868, §. 73).

Puchta, Vorlesungen zu §. 148: „Dieser Wille . . . ist die iusta c. tr. Die iusta c. bildet das Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen . . . enthält (?), z. B. Kauf, Schenkung, Dos . . .“ — Was hiemit gemeint sei, tritt am deutlichsten in den Institut. II, S. 571, hervor; zugleich aber auch, wie unrichtig das Gemeinte sei (worauf später noch zurückzukommen ist); es heißt da: „übrigens ist die justa c. nur jener übereinstimmende Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen; der übrige Inhalt des Rechtsgeschäftes, in dem jener Wille enthalten ist, gehört im allgemeinen nicht zur iusta c.“ Welch' einen absurden Sprachgebrauch heißt dies den Römern imputiren, wenn man annimmt, sie hätten jenen Willen als solchen, d. h. abgesehen von seiner Färbung durch ein Zweckmoment „iusta causa“ genannt! —

Pagenstecher, Die römische L. v. Eigentum, II, S. 194 fg.: „Der Eigentumsvertrag — iusta causa: Ulp. 19, §. 7 — ist das innere, die Tradition an sich das äußere Moment dieser freiesten Form der Eigentumsübergabe“ (der Puchta'schen Ansicht ist hier dieselbe Vorstellung beigemischt, welche Keller mit der Savignyschen verquickt hat). Bei Marezoll, Institt., §. 94, findet sich die alte Lehre von der causa praecedens und dem nachfolgenden Traditionsact gepaart mit der Behauptung, die iusta c. bedeute den Consens der Parteien rücksichtlich des Eigentumsübergangs.

Mit Puchta stimmt völlig überein Böcking. Die iusta causa sei identisch mit dem übereinstimmenden Willen, zu geben und zu nehmen (Pandekten d. röm. P. R., II, S. 158 fg., N. 25, 26). Dann wieder die Wendung: dieser Consens sei es, der ein Geschäft zur iusta tr. c. mache (vgl. N. 28). Etwas anders in den Institut. (2. Ausg. 1862), S. 90: „die diesem Eigentumsübergang zum Grunde liegende juristische Absicht der Parteien ist die iusta tr. c.“ Daß aber mit dieser „Absicht“ doch nur jener Consens, nicht der animus donandi, credendi, solvendi, transigendi etc. ge-

meint sei, scheint durch die folgenden Worte: „sollte sie selbst auch durch eine unrechtmäßige Absicht veranlaßt sein" angedeutet.

Dieser Puchta-Böcking'schen Auffassung, die auch von Scheurl (Institut. §. 86) geteilt wird, kommt am nächsten die von Brinz, die sich aber doch erheblich und vorteilhaft von ihr unterscheidet. Er lehrt, Pand. I, (1857), S. 202: „Indem Paulus der nuda (i. e. corporis) traditio die iusta causa gegenüberstellt, denkt er in letzterer nicht bloß die „Motive" des erforderlichen Willens, sondern zugleich mit dem Motiv den Willen selbst, aber in der concreten Fassung einer venditio etc."

Während also die früher genannten Gelehrten unter der justa c. nichts weiter verstehen, als jenen Consens,[50]) versteht Brinz darunter den Willen zusammen mit dem Grunde, warum gewollt wird.

Gegen diese ganze Richtung aber haben sich mit Recht ausgesprochen: Windscheid I, §. 171, N. 5, a. E., Exner, S. 326 und O. Mayer, S. 16, 17. — Brinz selbst hat neuerdings (S. 1438, 1578) seinen früheren Standpunkt verlassen und sogar eine entschiedene Wendung nach der alten Theorie hin gemacht. Die Tradition — meint er jetzt — ist kein Formalact, wie die mancipatio. Bei der Tradition ist keine Willenserklärung vorgekommen, welche für sich, mit Abstraction von der causa, die Grundlage des Eigentumsüberganges gebildet hätte. . . . Es sei wahrscheinlicher, daß das natürliche Eigentum mit der causa zusammenhängend, als von ihr getrennt gedacht worden sei. Der Uebereignungswille sei nicht für sich, „sondern in der zur dominii traditio wenigstens putativ notwendigen causa" zum Vorschein gekommen.

§. 5.

Die neuesten Behandlungen.

Noch haben wir über die Ansichten derjenigen Schriftsteller zu referiren, welche zuletzt diese Frage ex professo behandelt haben.

---

[50]) Hienach ließe die Lehre von der justa c. tr. sich zusammenziehen etwa in folgenden Satz: ‚Zur Uebereignung genügt nicht die Besitzübergabe; es wird eine auf sie gerichtete Willenseinigung gefordert.' Um dies auszudrücken, hätte wol aber schwerlich ein röm. Jurist von „justa tr. c." gesprochen!

1) Voigt (1862) faßt die causa als obligatorische, die Tradition als solutorische Tatsache auf. Darüber s. das oben Gesagte; vgl. auch Witte a. a. O.

2) Leist (1865) stellt, unter Hinweisung auf §§. 40, 41 J. II, 1, die venditio allen anderen causae entgegen. Die Traditionen außer der venditio sind Formalacte, es kommt auf die causae, d. h. ihren objectiven Bestand nicht an; sie haben nur declarative Bedeutung, doch nicht im Sinne Savigny's, sondern im Sinne der älteren Theorie von den habilis und inhabilis c. „Haben wir, solch' ein Geschäft (Depositum ꝛc.) vor uns, so kann, weil die j. c. fehlt, selbst der ausdrücklich erklärte Wille . . . das Eigentum nicht übergehen lassen. Insoweit läßt sich der Begriff iusta causa so übersetzen: es muß ein in concreto factisch möglicher Wille vorliegen" (S. 255).[51]) Wie grundlos diese Ansicht ist, hat aber schon Strempel dargetan. — Bedeutender ist, was Leist über die Tradition aus Verkauf sagt. Da sei die causa mit der Tradition juristisch völlig verbunden, der Erwerb des Käufers sei ein „Erwerb ex re, nicht ex voluntate", ein Materialact. Dies alles wird nun durch die historische Anknüpfung an die Mancipation zu erweisen gesucht. Doch haben diese Aufstellungen nur ein historisches Interesse, weshalb an diesem Orte auf sie nicht eingegangen werden kann. — Vgl. übrigens Bekker in der krit. Vjschft. IX, S. 232 fg.

3) Exner schließt sich im Context seines tüchtigen Buches über die Tradition (1867) bei Darstellung der Frage, was wir in diesem Punkte als geltendes Recht zu betrachten haben (S. 74—85), an Savigny an (bes. S. 78—83): „Die causale Obligation, wo eine solche vorliegt, hat für denjenigen, der den rechtlichen Charakter eines bestimmten Uebergabsactes zu erkennen und zu erweisen hat, die Bedeutung einer Erkenntnißquelle bezüglich des in jener mehrdeutigen Form enthaltenen Parteiwillens . . ." (S. 81). Die causa sei aber keine materielle Voraussetzung der Tradition. Diese habe durch sich

---

[51]) Vgl. Schütze, a. (N. 26) a. O., S. 429: Die justa c. motivirt den Willen, Eigenthum zu geben und zu empfangen. S. 430: Der Wille muß „eine vernünftige Grundlage" haben. „Diese kann lediglich in dem Bewußtsein einer solchen causa bestehen, welche auf Eigentumsübergang als Folge gerichtet ist."

selbst die Kraft, die Uebereignung zu bewirken, und brauche hiezu keineswegs zugleich „Erfüllungsact einer bestehenden Obligation" zu sein (S. 82). In der Beilage I (S. 318—337) aber beschäftigt sich Exner mit der Frage, was die Römer mit jenem Postulat gemeint haben, was der „wahre Sinn der iusta causa praecedens" sei (S. 321). Nach Widerlegung verschiedener Ansichten, namentlich auch derjenigen, welche darunter die Indicien des Traditionswillens versteht (S. 328), definirt Exner die causa „als die Summe aller objectiven und subjectiven Tatsachen, welche zusammenwirkend die Veranlassung eines concreten Traditionsgeschäftes gewesen sind" (S. 330). Einige innerhalb der causa liegende Momente bewirken „Rückgängigwerdung des ökonomischen Erfolges der Tradition" (condictio); andere Mängel verwehren ausnahmsweise „nicht nur das Behalten, sondern schon das Erhalten der Sache" (non iusta c. tr.; vindicatio) (S. 331). Die c. trad. sei aber nicht auf Eine Linie zu stellen mit der c. usucapionis. Bei letzterer „wirkt die causa constitutiv, hier höchstens impeditiv" (S. 336):" „J. c. tr. . . . ist also ein Negatives: das Nichtvorhandensein gewisser verpönter Elemente unter dem Kreis von Verhältnissen und Thatsachen, aus dem die Veranlassung zur Tradition hervorging. Sie ist . . . nicht Erforderniß der Tradition im eigentlichen Sinne, sondern nur negative Bedingung derselben"[52]) (S. 337).

Ich kann diesem Schriftsteller fast in allen einschlägigen Ausführungen beistimmen; namentlich enthalten die zuletzt citirten Sätze das aus allen bisherigen Forschungen sich ergebende Resultat in klarer Fassung; ein Resultat, welches m. E. nicht mehr umgestoßen werden dürfte. Nur Eines ist zu beanstanden: die unklare und unrichtige Vorstellung von der causa (S. 330), die E. dahin geführt hat, die Fälle der nichtigen Tradition wegen non iusta c. als völlig singuläre und isolirte einfach aufzuzählen (S. 332—335), ohne auch nur den Versuch zu machen, ob sich ihnen nicht ein einheitlicher Gedanke abgewinnen ließe. Und auf diesem Punkt will die vorliegende Schrift einsetzen, und die Untersuchung weiter und (wenn möglich) tiefer führen.

4) Eine Widerlegung E.'s dagegen in allen Punkten und zwar

---

[52]) Unter Hinweisung auf Savigny, Obl. R., II, S. 262, 263, lit. A.

eine ziemlich heftige, verſucht St. Kaiſer in ſeiner Inaug. Diſſ. (1870).[53]) E.'s Aufſtellungen ſeien falſch (p. 14), im Widerſpruch mit dem klaren Wortlaut der bekannten Quellenausſprüche, welche die iusta c. als ein poſitives Erforderniß hinſtellen (p. 14). E. imputire den römiſchen Juriſten eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauches, die gar nicht in ihrer Art liege; er entſtelle ihre Lehre, um ſie dann zu verbeſſern, alſo die Meiſter zu meiſtern (p. 19). Für jene wenigen, von E. aufgezählten Fälle der non iusta causa würde man doch wol nicht die Regel von der iusta tr. c. erfunden haben. Auch ſei die Lehre von der Tradition als Form des Uebereignungsvertrages falſch. Dort nämlich, wo bereits eine auf Eigentumsverſchaffung gerichtete obligatio beſteht, genüge das Hinzutreten der nackten Tradition, dieſe als reinen „Beſitzact" gedacht, um den Eigentumsübergang zu bewirken (vgl. Rudorff, Ztſchft. f. geſch. R. W., XIII, 189). Die „caussa dominii translationis" ſei hier nicht der „animus transferendi et acc. dom., i. e. pactum proprietatis, sed debitum officium. . . . Quare probo debitori gignitur tamquam necessitudo transferendi dominii. — Pactum autem hic . . . nequaquam . . . admittendum videtur, quippe ad quod libertas placiti desideretur" . . . (p. 27). Immerhin möge auch hier jener „animus" exiſtiren, doch ſei er „sine ullo momento recipitque iure functionem nullam" (p. 32). In allen übrigen Fällen freilich habe es mit dem „anim. tr. et acc. dom." als der „caussa translationis dominii" ſeine Richtigkeit (p. 32). „Sic iusta tr. c. et obligationem, cuius solutio fere datio est et pactum proprietatis seu animum transf. et acc. dom. continet." (p. 34, cf. p. 46). Die iusta c. bedeute alſo allerdings etwas Poſitives, nämlich „id, quod iure praeter nudam traditionem, i. e. possessionis comparationem ad dominii translationem requiritur, quod ipsum aut obligatio, . . . aut pactum proprietatis . . . est" (p. 46, 47). Daß man aber dieſe innerliche Seite der Uebereignung mit dem Namen „iusta causa" bezeichnet, ſei auf den erſten Blick auffallend (p. 34), hiſtoriſch jedoch wol zu erklären. Seit uralten Zeiten müſſe

[53]) Pag. 11—24 der kleinen Schrift (47 pp.) ſind eigens Exner's Ketzereien gewidmet und wiederholt kommt der Verfaſſer auf ſie zurück (p. 32, 33, 35).

die Tradition bei den Römern im Gebrauche gewesen sein, ja die Mancipation sei eine spätere Umbildung derselben (p. 38—40). Aber auch zu der Zeit, wo mancipatio und in iure cessio als die allein richtigen Uebereignungsacte anerkannt waren, sei doch die Tradition für den kleinen Verkehr unentbehrlich gewesen (p. 38, 40). Sie sei wol zunächst durch prätorisches Recht (p. 37) für res nec mancipi mit der Wirkung zugelassen worden, daß der Empfänger bonitarischer Eigentümer wurde; zu Cicero's Zeit aber bewirkte sie bereits quirit. E. an r. nec mane. (p. 42.): „Et primum quidem propter res traditas usucapio, deinde a. Publ., postremo dominii translationis effectus introductus videtur" (p. 43). Jede dieser Wirkungen aber setzte eine iusta causa voraus, und zwar sei Anfangs nur die venditio als solche anerkannt gewesen. Später habe man den Begriff der j. tr. c. ausgedehnt auf alle „obligationes idoneae i. e. ad dominii caussam spectantes" (p. 44), endlich auf den mit der Tradition zusammenfallenden Uebereignungsvertrag (p. 46). Der Verfasser schließt mit den Worten: „Sic iustae tr. c. verbum ac notio ex historia originem duxit" (p. 47). —

Ist es nun auch immerhin denkbar, daß die Römer Anfangs die Tradition nur unter besonderen Voraussetzungen als Surrogat für die solennen Uebereignungsacte gelten ließen, und daß dies die ursprüngliche Bedeutung der „iusta causa" gewesen sei, so ist doch gewiß, daß im Corpus jur. diese Worte etwas anderes bedeuten: mit dem „iusta" konnte man längst nicht mehr an etwas besonderes, an bevorzugte Geschäfte denken. Es muß also eine andere Erklärung dieses Beiworts gesucht werden. Die causa aber wird der Tradition vom Verfasser in einer Art entgegengesetzt, wie bei den älteren Schriftstellern der titulus dem modus. In der Tat ist Kaiser's Meinung ein Vermittelungsversuch zwischen der alten[54]) und der Puchta-Böcking'schen Theorie. —

5) Während Kaiser dem Rätsel von der j. tr. c. auf historischem Wege beizukommen trachtet, versucht der neueste Schriftsteller über

---

[54]) P. 30, 31 sagt K. geradezu: die Theorie von titulus und modus, wenngleich unrichtig, komme der Wahrheit näher, denn die Vorstellung von der Tradition als einem sachenrechtlichen Vertrag.

unsere Frage, O. Mayer, mit den Waffen philosophischer Schulung damit fertig zu werden. Zwar ist auch diese Schrift (v. 1871) gleich der vorigen (v. 1870) im Ganzen eine unfruchtbare zu nennen, und insbesondere ist unsere Frage durch sie nicht im mindesten gefördert worden; gleichwol wird sie Niemand ohne Interesse lesen, denn sie zeugt von einer ungewöhnlichen Begabung des Verfassers.[55]) Sein Gedankengang ist folgender: „Justa causa ist eine Tatsache, welche einer anderen, die an sich der aequitas widerspricht, den Charakter der aequitas verleiht“ (S. 4). Da die Verminderung, die das Vermögen des Trabenten erfährt, auf seiner Einwilligung beruht, verstößt sie nicht gegen die aequitas (S. 19). Deshalb bedarf die Tradition keiner iusta c. zu ihrer Rechtfertigung. Die j. c. ist kein Erforderniß der Tradition (S. 20). Dies gilt aber nur von der Tradition in abstracto. In concreto erscheint sie immer in Verbindung mit einem gewissen Zweck (S. 21 fg.). Wird nun dieser nicht erreicht, so erscheint der Erwerb, die Bereicherung als ungerechtfertigt. Weil aber die Tradition an sich nicht gegen die aequitas verstößt, ist der Eigentumsvertrag gültig. Die Unbilligkeit des concreten Falles aber wird durch persönliche Klagen (Condictionen) ausgeglichen (§. 2). Im §. 3 werden die verschiedenen Arten der Zwecke bei der Veräußerung, im §. 4 die den einzelnen Zwecken entsprechenden Condictionen übersichtlich dargestellt. Im §. 5 werden die Resultate gezogen. Damit die concrete Tradition vollwirksam sei, so daß ihr Erfolg nicht durch condictio rückgängig gemacht werden kann, muß der Nachweis vorliegen, daß die Tradition ihren Zweck erreicht habe. Da können nun 1) die Tatsachen, in welchen der Nachweis des er-

---

[55]) Die Schwächen wie die Vorzüge dieser Schrift entspringen beide aus der aprioristischen Richtung des Verfassers. Was die Schrift unfruchtbar macht, ist der Mangel einer unbefangenen Durchdringung des Gegebenen. Was an ihr anmutet, ist das ernste Streben des Verfassers mit sich selbst in's Reine zu kommen, d. h. sich Rechenschaft zu geben von dem Zusammenhang und den Consequenzen der eigenen Gedanken. Dies Streben paart sich mit entsprechender Denkkraft. Bei einer positiven Wissenschaft aber genügt es nicht, mit sich selbst, man muß auch mit dem gegebenen Stoff in's Reine kommen. Wenn unser Autor rechtzeitig in diese Richtung einlenkt, so wird ihm der Erfolg nicht ausbleiben. (Aehnlich urteilt J. Bekker in der krit. Vjschft. XIV, S. 481 ff.).

reichten Zweckes liegt, mit der Tradition selbst zu einem Ganzen verschmolzen sein, so daß beides zusammen als eine einzige Tatsache ... sich darstellt (mutuum, Schenkung); oder 2) die Tatsachen, auf welchen die Erreichung des Zweckes des Tradenten beruht, können auch äußerlich getrennt von der Tradition als selbständige Tatsachen erscheinen (S. 64). Justa c. tr. nun „ist diejenige von der Tradition selbst getrennte Tatsache, welche den Nachweis enthält, daß dieselbe ihren Zweck erreicht" (S. 65). „Es bedarf einer iusta c. nur der condictio gegenüber, nicht zur Bewirkung des Eigentumsüberganges" (S. 69). „Wenn aber einmal um der cond. willen eine iusta c. da ist", so kann sie doch auch für den Eigentumsübergang von Bedeutung sein. Und so kommen wir nach langem Umweg dahin, daß der Verfasser endlich (S. 70) — der Savigny-Strempel'schen Theorie ausdrücklich beitritt! Was erfahren wir also Neues? Daß diese Function (Indicium für den Uebereignungswillen zu sein) „nur eine zufällige Nebenwirkung der iustae causae sei, daß sie ihren Namen um einer anderen Wirkung willen führen" (S. 71), nämlich der Wirkung, die condictio auszuschließen. Dieses Neue wird aber wol kaum Jemanden überzeugen. Sobald von iusta c. traditionis die Rede ist, wird Jedermann an den Ausschluß der vindicatio, nicht aber an den der condictio denken. Und während Mayer (namentlich gegen Arndts) die Notwendigkeit betont, „an dem objectiven Charakter der römischen causa festzuhalten" (S. 26), werden wir sie wieder als ein Moment an dem Uebereignungswillen, also als ein subjectives Moment erfassen müssen.

6) Auch Fitting (1868, 69) nimmt die causa im objectiven Sinne und sucht die bekannten Stellen historisch zu erklären (Nr. 60 fg. S. 406 fg.). Nach älterem Rechte sei die Tradition „ein materieller Act, ihre eigentumsübertragende Wirkung also von dem Dasein einer iusta c. dom. acq. abhängig gewesen"; „dies ganz streng und wörtlich verstanden." Die causa sei nicht bloßes Erkenntnißmittel für den Uebereignungswillen gewesen. „Sondern selbst das unzweifelhafte Dasein des animus dom. tr. et acq. vorausgesetzt, bewirkte dennoch die Tradition den Eigentumsübergang nur dann, wenn für diese specifisch juristische Wirkung eine iusta c., ein genügender Rechtfertigungsgrund vorhanden war (vgl. auch S. 389).

Dazu gehörte . . . 1) daß das Geschäft . . . seinem wirtschaftlichen Charakter nach zu denen zählte, die vom Rechte gebilligt und als geeignete Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbs anerkannt waren; 2) daß es auf dieser seiner wirtschaftlichen Seite ebensowenig, als auf der specifisch juristischen etwas an den gehörigen Erfordernissen der Gültigkeit und des Rechtsbestandes vermissen ließ" (406, 407).

Consequenzen: 1) Mangelnder Consens über die wirtschaftliche Seite macht die Tradition nach älterem Rechte wirkungslos; 2) bei irrtümlicher Voraussetzung einer Schuld kein Eigentumsübergang; deshalb enthält wissentliches Annehmen eines indebitum ein furtum; u. s. w.

Wie nun sucht Fitting dies zu beweisen? Er sagt S. 408: „Man wird zugeben, daß, wenn es mir gelingen sollte, einige dieser Consequenzen zu beweisen, damit auch der Beweis des Grundsatzes selbst geliefert wäre." Schon dies ist unlogisch: mit dem Princip sind stets die Folgesätze gegeben; aus dem Dasein einiger Sätze, die auch Folgesätze eines Princips sein könnten, folgt nie mit Gewißheit die Richtigkeit dieses Princips. Ueberhaupt muß ich — bei aller Achtung vor der Autorität Fitting's — die obige Hypothese als bedenklich, die Beweisführung aber als mißlungen bezeichnen. Zu 1) beruft sich Fitting (408) auf Ulpian's bekannte Entscheidung in l. 18 D. de reb. cred. Daß diese Argumentation einen Fehlschluß enthalte, wird unten dargetan werden. Zu 2) bemerkt Fitting: nur allein bei seiner Annahme begreife man, warum in jenem Falle furtum angenommen werde. Fitting meint somit ‚kein Eigentumsübergang, folglich furtum', ich meine gerade umgekehrt: ‚animus furandi, folglich kein Eigentumsübergang.' (Auch hievon später.) Fitting beruft sich für seine Auffassung auf l. 18 D. 13, 1, und l. 43 pr. D. 47, 2. Aber die erste Stelle ist in dieser Beziehung ganz neutral, die zweite spricht sogar eher für meine Auffassung („Falsus creditor . . . furtum facit, nec nummi eius fiunt). (Vgl. auch Mayer, S. 75.)

Nach diesen „mittelbaren Beweisen" citirt Fitting als „unmittelbaren Beweis" Ulp. Fragm., XIX, 7, und l. 31 pr. D. 41, 1 (Stellen, die doch wol Niemandem entgangen sind!). Hieraus ersehe man, „daß das Erforderniß einer iusta c. acq. dom. als einer

unumgänglichen Vorbedingung für den Eigentumsübergang durch Tradition selbst noch unter den spätesten classischen Juristen seine Vertreter hatte." „Damit halte ich (fährt er S. 409 fort) auch den anderen Beweis, daß dieses Erforderniß im alten römischen Recht aufgestellt ward, für genugsam erbracht." Einen weiteren Beweis für seine Annahme findet Fitting in dem Putativ-Titel bei der Usucapion, der auch erst später von einem Teil der römischen Juristen für genügend erklärt worden ist. „Nun wird aber von vornherein Niemand zweifeln, daß das Erforderniß einer iusta causa für die Tradition und für die Usucapion ganz und gar parallele Dinge und nur verschiedene Ausflüsse eines und des nämlichen Grundgedankens sind" (S. 410). Gerade dieses aber ist auf das entschiedenste in Abrede zu stellen. Der Ersitzungstitel gehört zum objectiven, die Traditionscausa (wie unten ausgeführt werden wird) zum subjectiven Tatbestand.

S. 410 fg.: „Falls zum Behufe der Eigentumsübertragung nicht eine Mancipation oder in iure cessio stattgefunden . . ., so ist der Eigentumsübergang allemal durch das Dasein einer iusta c. . . . bedingt. . . . Denn da die Tradition ein durchaus formloser Act ist und bei ihr keinerlei bestimmte Form den Eigentumsübergang unbedingt und ohne Rücksicht auf die causa anzuerkennen zwingt, so besteht für das Recht kein Grund, sich nicht der Anschauung des Verkehrslebens . . . anzuschließen, welches auf die Frage nach der Art des Erwerbes nicht durch Berufung auf die Tradition, sondern durch Angabe des wirtschaftlichen Charakters des Erwerbsgeschäftes antwortet." Ueberdies könne man aus der bloßen Tradition gar nicht wissen, ob Eigentumsübergang beabsichtigt war.

S. 414 fg. (Nr. 62): „Der Kreis der anerkannten iustae c. . . . war anfänglich ohne Zweifel nur ein ziemlich enger und ging bei der Tradition über Kauf, Schenkung, Mitgiftbestellung, Zahlung und noxae datio schwerlich weit hinaus. Erst allmälig . . . gelangte man dazu, auch noch andere Rechtfertigungsgründe des Eigentumserwerbs, z. B. datio ob causam u. dgl. anzuerkennen." Je größer diese Zahl wurde, „um desto eher konnte der Gedanke entstehen, daß es . . . auf eine iusta causa gar nicht wesentlich ankomme (416), . . . sondern bloß auf bestimmte innerliche subjective Voraussetzungen" (417).

S. 418 fg. (Nr. 63): Später ſei die Behandlung der causa usuc. und der c. trad. auseinandergegangen: bei der erſteren ſei man wieder zu dem Erforderniß eines wirklichen Titels (als Regel) zurückgekehrt, bei der Tradition dagegen habe die causa im ſpäteren Rechte allerdings „nur noch die Bedeutung eines Erkenntnißmittels“ des Parteiwillens gehabt. (S. beſ. Note 211.)

B. Entwicklung der eigenen Ansicht.

§. 6.

Einteilung der Rechtsgeschäfte.[56])

In stiller Nacht, sagt der Dichter, werde ihm Kunde von Vielem, „was von Menschen nicht gewußt oder nicht bedacht.“ Am hellen Tage aber stoßen wir auf Manches, was zwar von uns allen gewußt, dennoch selten gehörig bedacht wird, und deshalb eine Besprechung verdient, wenngleich völlig Neues darüber gar nicht gesagt werden kann. Dazu gehört z. B. die Einteilung und Systematik der Rechtsgeschäfte. Oft ist es gesagt worden, daß die Schenkung „der organischen Stellung in den Pandektenrechtssystemen entbehre“ und — dürfen wir hinzufügen — nicht sie allein.[57]) Ein

---

[56]) Die in diesem §. niedergelegten Erwägungen, welche mit denen Fitting's im civ. Arch. (1869), S. 389—406, Nr. 57—59, vielfach in so überraschender Weise übereinstimmen, sind völlig unabhängig von diesen entstanden: sie haben sich mir seit Jahren aufgedrängt bei der Frage nach den Gränzen des Kaufbegriffes und beim Studium der Lehre von der Dosbestellung. Solche, die selbst fremdes nicht sich zuzueignen pflegen und die — selbständig strebend — oft die Wahrheit des Göthe'schen Wortes erfahren haben, daß alles Vernünftige schon einmal gedacht worden ist, werden meiner Versicherung glauben. —

[57]) So neuerdings von Mandry in der krit. Vjschrift. XIV, 377. Vgl. Fitting, S. 394.

System aber, in welchem eine so wichtige und alltägliche Erscheinung des Rechtslebens, wie die Schenkung, nicht organisch untergebracht werden kann, muß wol selber an einem organischen Fehler leiden!

Ist die Schenkung ein Rechtsgeschäft? Bekanntlich hat Savigny (System IV, S. 3) diese Frage verneint. Die Schenkung ist nach ihm kein einzelnes Rechtsgeschäft, . . . (sondern) ein allgemeiner Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können." Ein wichtiger Gedanke, bei dem nur auffällt, daß der Meister ihn nicht weiter verfolgt hat! Aber gerade gegen diesen Gedanken, welcher, verallgemeinert, zu einem tieferen Einblick in die Natur und den Zusammenhang der Rechtsgeschäfte führt, wendet sich auffallender Weise Brinz (§. 350): „Die Schenkung ist keine bloße Charakterisirung irgend welcher anderer Geschäfte, sondern selbst Geschäft, und zwar stets ein concretes Geschäft, so gut wie Kauf, Miethe, Commodat u. s. f. Es gibt nur concrete Geschäfte." Im Leben gewiß! aber die Bücher befassen sich mit concreten Geschäften so wenig, als die Botanik mit dieser oder jener Rose; sie hat es nur mit der Rose zu tun. Indem Brinz so fortfährt: „Als ein bewegliches Geschäft aber läßt sich die Schenkung immerhin bezeichnen" . . .; deutet er an, als ob dies etwas der Schenkung [und einigen anderen Geschäften [58])] Eigentümliches wäre; als ob wir es hier mit einer durch eine aparte Eigenschaft („Beweglichkeit") ausgezeichneten Gattung von Geschäften zu tun hätten; — eine Auffassung, die auch in den Aeußerungen von Böcking und Arndts (s. des Letzteren Pand., §. 80, A. 5) eher bestätigt, als verneint erscheint: „Es gibt noch andere Rechtsgeschäfte, die mit der Schenkung das gemein haben, daß die verschiedenartigsten Vermögensänderungen ihren Inhalt ausmachen können." . . . (Nun werden einige aufgezählt.) Im Folgenden soll aber versucht werden nachzuweisen, daß es sich hier nicht um aufzählbare Einzelnheiten, sondern um denknotwendige Allgemeinheiten handelt. —

Was nennt man nicht alles Rechtsgeschäft! Darlehen, Verzicht, Verpfändung, Schenkung, Kauf, Dosbestellung, Cession, Stipulation, Commodat, Eigentumsübertragung, Schulderlaß, Bestellung einer

---

[58]) S. den §. 349, der in Einem Grundgedanken mit den folgenden Ausführungen zusammentrifft.

Servitut, freiwilliges Aufgeben einer solchen, Mandat, Miete, Vergleich u. s. w. Das Absurde einer solchen Nebeneinanderstellung empfindet jeder: es liegt in der Mehrheit der Einteilungsgründe.[59]) Es ist ja offenbar, daß manche der genannten Geschäfte sich allerdings coordiniren lassen, während andere in dem Verhältniß der Ueber- und Unterordnung stehen, und zwischen anderen weder das eine, noch das andere logische Verhältniß obwaltet. In welchem Verhältniß z. B. stehen Schenkung und Eigentumsübertragung zu einander? Arndts (§. 80, A. 5) sagt: „Sowol Schenkungsversprechen, als schenkungsweise Uebertragung des Eigentums sind nur einzelne Fälle der Schenkung." Hier erscheint die Schenkung als der generelle, die Eigentumsübertragung als der specielle Begriff. Offenbar aber kann man auch umgekehrt Schenkung, Zahlung, Mutuum u. s. f. einzelne Fälle (Anwendungen) der Eigentumsübertragung nennen; wo dann letztere als der generelle, die Schenkung als der specielle Begriff erscheint. Nicht anders verhält es sich mit der Bestellung des Heiratsgutes. Eigentumsübertragung, Einräumung eines ius in re, Aufgeben eines solchen zu Gunsten des Empfängers, Cession einer Forderung, Schuldverlaß u. s. w. kann man als einzelne Fälle der Dosbestellung bezeichnen; gewiß könnte man aber wieder auch die Dosbestellung neben der Schenkung, dem Darlehen, der Zahlung . . . unter den einzelnen Anwendungsfällen der Uebereignung nennen. Und so kann man auch wieder die solutio (im weiteren Sinne = Erfüllung der Verbindlichkeit) als das Allgemeine hinstellen und sagen: im concreten Falle bestehe sie bald in Eigentumsübertragung, bald in Bestellung eines iús in re, selbst in Begründung einer obligatio (beim pactum de contrah.) u. s. w.[60]) Eine solche Erscheinung ist aber nur möglich, wo sich zwei Einteilungen durchkreuzen, wie Zettel und Einschlag im Gewebe. —

---

[59]) Würde Jemand sagen: „dies Geschäft ist eine Schenkung, jenes eine Tradition, eine Servitutenbestellung ꝛc.", so wäre das nicht besser, als ob er sagte: „dieser Stein ist blau, jener dagegen hart." Und viel besser ist es auch nicht, wenn die Verfasser der Instit. die donatio unter die genera acq. neben die usucapio stellen. (Inst. II, Tit. 6 und 7.)

[60]) Das bei Fitting S. 391, N. 196, über die Zahlung Gesagte scheint mir auf einer Verwechslung zu beruhen.

Zwischen einem Rechtsgeschäfte, wie es im Buche steht, und einem Rechtsgeschäft des wirklichen Lebens ist immer der Unterschied, daß ersteres nur typische, das letztere daneben auch individualisirende Züge zeigt. Dies wäre an sich kaum der Erwähnung wert; es ist der Unterschied von Abstract und Concret, von Begriff und Existenz. Umsomehr verdient aber ein anderer Unterschied hervorgehoben zu werden. Es gibt in Wirklichkeit kein Rechtsgeschäft, welches bloß Eigentumsübertragung wäre; keine Schenkung, die nichts wäre, als Schenkung; keine Zahlung, die nur solche wäre; kein Cessionsgeschäft, das sich nicht zugleich mit einem anderen Namen (Kauf, Schenkung...) bezeichnen ließe. Und dies ist nicht nur wahr, es ist denknotwendig. Sowenig es ein Ding geben kann, das nichts wäre als Stoff, und ein anderes, das nichts wäre als Form, so wenig es auf Erden einen Körper geben kann, der nur Gestalt hätte, und kein Gewicht; so wenig kann es eine Schenkung geben, die nicht zugleich Eigentumsübertragung, Bestellung einer Servitut, Gewährung einer Forderung, Schulderlaß oder sonst etwas wäre; andererseits aber auch keine Eigentumsübertragung (oder Servitutbestellung), die nicht zugleich Schenkung, Vergleich, Kauf, Dosbestellung oder sonst etwas wäre.

Den Unterschied zwischen dem obigen Gemeinplatz und dieser Beobachtung kann man durch folgenden Vergleich ausdrücken: Schenkung, Dosbestellung u. s. f. sind Abstractionen — nicht bloß in dem Sinne, in welchem jeder Gattungsnamen (Rose, Haus...) eine Abstraction ist — sondern in dem Sinne, wie es ein mathematischer Körper ist. Es soll hier recht zum Bewußtsein gebracht werden die analytische Arbeit, welche schon die Sprache (d. h. die Auffassung des Laien) und dann ihr folgend die Wissenschaft vollzogen hat, wenn hier von der Schenkung, dort von der Bestellung einer Servitut u. s. w. gehandelt wird. Nicht die Erscheinungen des Lebens in ihrer Totalität, sondern einzelne Seiten derselben werden da in Gattungsbegriffe zusammengefaßt. Indem man nun die Erscheinungen bald auf dieses, bald auf jenes Merkmal ansieht, entstehen verschiedene Gruppirungen. Wie beim Anblick eines Körpers Jemand sagen kann: „dies ist ein Prisma", ein Anderer: „es ist ein Kalkspath", ein Dritter: „es ist prismatischer Kalkspath", — so kann man dasselbe

Geschäft „Servitutbestellung", oder „Schenkung", oder „schenkungsweise Servitutbestellung" nennen.

Das System des Privatrechts ist also keine bloße Anordnung von Typen, wie das sogenannte natürliche System in der Botanik; denn letztere ist eine Kunde, ersteres eine Wissenschaft. Jene mag die Erscheinungen nach typischen Aehnlichkeiten zusammenstellen, diese operirt mit Elementen. Indem aber die Darstellung des Privatrechts heutzutage teilweise noch wirklich sich mit einer Zusammenstellung und Beschreibung von Geschäftstypen begnügt, macht sie in manchen Teilen den Eindruck des Willkührlichen und Unfertigen, so namentlich in dem sogenannten besondereu Teile des Obligationenrechts. Zwar wird dieser nie ganz verschwinden, so lange es sich um die Darstellung eines positiven, also durch historische Zufälligkeiten bestimmten Rechtes handelt, aber der Fortschritt wird hier meines Erachtens darin bestehen, daß noch gar manches Positive in allgemeine Vorstellungen und Rechtsregeln aufgelöst werden wird. Es ist hier nicht der Ort, diesen Gedanken weiter zu verfolgen; aber so viel ist schon jetzt klar, daß die unendliche Mannigfaltigkeit der concreten, im Leben vorkommenden Rechtsgeschäfte nicht in eine begrenzte Reihe von Typen zusammengefaßt werden kann; daß vielmehr eine wissenschaftliche Beherrschung nur durch die Ergründung der allerdings übersehbaren Elemente möglich ist, deren Combinationen das Leben so vielfach variirt.

Eine wissenschaftliche Systematik der Rechtsgeschäfte wird also beruhen auf ihrer Analyse. Jedes wirkliche (concrete) Geschäft aber läßt sich ansehen auf folgende Fragen: 1) was geschieht? (Wirkung des Rechtsgeschäftes), 2) wie geschieht es? (Form); 3) wozu geschieht es? (Zweck); 4) warum geschieht es? (Motive). Da aber die Motive regelmäßig außerhalb der civilistischen Betrachtung liegen, so können nur die drei anderen Seiten des Rechtsgeschäftes ihm eine eigentümliche Benennung zuziehen. So kann sich z. B. ein und derselbe Act darstellen a) seinem Effecte nach als Uebereignung, b) seiner Form nach als mancipatio, c) seinem Zwecke nach als Schenkung.

Nun aber kann von dieser ganz allgemeinen Betrachtung auch die Form ausgeschlossen werden; einmal: weil manche Form auf

bestimmte Rechtswirkungen beschränkt ist. So mannigfach auch die Anwendung des Mancipationsritus, eines so vielfachen Inhaltes auch die stipulatio empfänglich war, keine Form kann so mannigfache dingliche, obligatorische, liberatorische Wirkungen vermitteln, wie z. B. der Schenkungszweck sie zu begleiten vermag. Dann: erfordert bei weitem nicht jedes Geschäft eine bestimmte, typische Form, die zufällige, individuelle aber ist ohne wissenschaftliches Interesse. — Somit bleiben für jedes Geschäft zwei wesentliche civilistische Seiten übrig: Wirkung und Zweck. Der realisirte Zweck ist aber selbst eine Wirkung; z. B. Eigentumsübertragung zum Zweck der solutio. Man kann erstere die unmittelbare, letztere die mittelbare Wirkung des Geschäftes nennen: durch jene wird diese gesetzt. In einem einzigen Falle ist die erstrebte mittelbare Wirkung keine juristische: bei der Schenkung. Zweck, bezüglich mittelbare Wirkung ist hier: Bereicherung des Andern. Dies ist aber an sich keine juristische Wirkung.[61]) In allen anderen Fällen sind zwei juristische Wirkungen (d. h. Aenderungen im status der Rechte, Rechtsverhältnisse, juristisch relevanten Zustände) durch das Geschäft gesetzt: z. B. Aenderung des Eigentums (unmittelbarer Effect) und Tilgung einer obligatio (mittelbarer Effect); Bestellung eines ususfructus und Begründung eines Dotalverhältnisses; Gewährung der Detention und Begründung einer Forderung u. s. w. Die erste und die zweite Wirkung verhalten sich zu einander, wie das Mittel zum Zweck. Letzterer ist zunächst etwas Subjectives: animus (donandi) solvendi, . . . als realisirt gedacht aber etwas Objectives: causa (donationis, dotis, solutionis etc.) Jedes Geschäft wird mit einem bestimmten animus gesetzt und hat eine bestimmte causa. Wenn man also so oft hört: es sei das Wesen der Schenkung zwecklose Vermögensentäußerung zu sein, von jeder causa zu abstrahiren,[62])

---

[61]) Weil hier nur eine juriſt. Wirkung vorliegt, sagt man ungenau: die erste Wirkung sei Selbstzweck. (Hartmann, Begriff der Vermächtnisse (1872) S. 41 „der wesentliche Charakter der Schenkung besteht ja gerade darin, daß die Vermögensübertragung rein um ihrer selbst willen geschieht;" richtiger S. 8 „eine Bereicherung um ihrer selbst willen.") Allein man macht den Donatar nicht deshalb zum Eigentümer, damit er Eigentümer, sondern damit er reicher sei.

[62]) Vgl. Bähr, Anerkennung S. 12; Bechmann, Dotalrecht, I, S. 198, 199;

so ist dies ungenau, denn ihre causa ist die Bereicherung, der Vorteil des Empfängers; richtig ist jenes nur dann, wenn man unter causa eine juristische Wirkung versteht, im Sinne einer zweiten Aenderung der Rechtsverhältnisse. In diesem Sinne hat die Schenkung allerdings keine causa und daraus erklärt es sich, wie so bei der reinen Schenkung an eine condictio sine causa nicht zu denken ist.[63]) —

Wir erhalten also zwei ganz verschiedene Reihen, je nachdem wir die Rechtsgeschäfte einteilen und benennen nach der nächsten (unmittelbaren) Wirkung oder aber nach der causa.[64]) In keiner dieser Reihen wird aber das ganze Geschäft (in abstracto) erscheinen, sondern in jeder nur eine Seite desselben. Jedes concrete Geschäft hat notwendiger Weise mindestens zwei juristische Prädicate, wie jedes Feld im Schachbrett zwei Bezeichnungen (l. 3, c. 4...); jedes

---

Hartmann, Begriff der Vermächtnisse, S. 36—41. Es ist ganz richtig, wenn H. (S. 41) sagt: eine Vermögensübertragung werde zur Schenkung, indem sie „unter Abstraction von außer ihr liegenden rechtlichen Zwecken gewollt wird" (s. vorige N.); es mag allenfalls hingehen, wenn man statt dessen sagt „unter Abstraction von einer causa;" es ist aber unlogisch, wenn man die Schenkung ein abstractes Geschäft nennt (eine von einer causa abstrahirende causa!) Wenn vollends ein scharfsinniger Schriftsteller wie Hartmann, nachdem er das Legat als „reines Formalgeschäft" neben die Tradition, Stipulation ꝛc. gestellt, bemerkt: hierin (Abstraction von der causa) liege „eine anscheinende Aehnlichkeit mit der Schenkung" (S. 41, 44) und den Unterschied darein setzt, daß bei der Schenkung die Abstraction auf dem Parteiwillen beruhe, beim Legat durch die Rechtsordnung selbst bewirkt werde," — so beweist dies, daß obige Ausführungen nicht so überflüssig sind, als sie auf den ersten Blick Manchem erscheinen möchten. (Vgl. hier N. 59.)

[63]) Windscheid, Pand. I., §. 98, N. 1.

[64]) Vgl. Fitting, S. 393: „Eine richtige Systematik hätte demnach eine doppelte Reihe von Geschäftscharakteren zu unterscheiden: 1) eine Reihe von specif. juristischen G. Charakteren (Mancip., Stipul....), und 2) eine Reihe von G. Char. wirtschaftlicher Natur (Kauf, Tausch, Schenkung...). Und dabei müßte scharf hervorgehoben werden, daß es sich um zwei ganz und gar verschiedenartige Gliederungen der Geschäfte, um zweierlei Einteilungen nach völlig verschiedenen Gesichtspunkten handle. Von einem solchen Verfahren ist aber freilich unsere übliche Systematik noch weit entfernt." — Gegen Fitting's Sprachgebrauch „juristische" und „wirtschaftliche" Seite ließe sich freilich manches einwenden; doch ist nicht zu übersehen, daß F. sagt „specifisch juristisch..." (s. auch Hartmann, Begriff der Vermächtnisse, S. 37).

Geschäft im Leben liefert ein Beispiel zu mindestens zwei „Rechtsgeschäften" im Buche.

Wenn also Baron (Pand., S. 279) sagt: „Der Wille Eigentum zu übertragen, respective zu erwerben, tritt gewöhnlich[65]) nicht abstract, sondern in Verbindung mit einem concreten Zweck (causa trad.) auf", so kann dies nur insoferne gelten, als das Wort „tritt auf" die äußere Erscheinung, das „sich ankündigen" treffen will. In jedem anderen Sinne wäre der Satz unrichtig; denkt man bei dem „Auftreten" an Existentwerden, so darf man nicht sagen: „gewöhnlich", sondern „immer und notwendig ist jenes der Fall."

Es muß hier aber vor einer nahe liegenden Verwechselung gewarnt werden. Die bisher besprochene Doppelseitigkeit selbst des einfachsten vermögensrechtlichen Geschäftes inter vivos ist eine denknotwendige: sie ist nur ein anderer Ausdruck für die Tatsache, daß die Wissenschaft, wenn sie von Schenkung, Dos, Cession, Servitutenbestellung, Uebereignung u. s. w. spricht, nicht sowol von Gattungen, als vielmehr von Elementen der Geschäfte handelt.[66]) Verschieden hievon ist die Erscheinung, daß ein Act, der dem Laien als ganz einfach erscheint, dem Blick des Juristen als Zusammenfassung mehrerer Acte erscheint. Die Uebergabe einer Sache zu Pfand z. B. kann gleichzeitig den Abschluß eines Verpfändungsvertrages (so nenne ich den sachenrechtlichen Vertrag, durch den ein Pfandrecht begründet wird) und eines Pfandvertrages (so nenne ich den auf eventuelle Restitution gerichteten Realvertrag) enthalten. Ein solches Zusammentreffen ist nicht ein notwendiges, sondern ein zufälliges. Es hätte ja der Verpfändungsvertrag auch selbständig hervortreten können. Es sind das also nicht zwei Seiten eines Actes, sondern zwei juristische Acte in einer tatsächlichen (sinnenfälligen) Erscheinung. Nach österreichischem Rechte, welches keine hypotheca im Sinne des römischen Rechtes kennt, liegt in der Hingabe des Pfandstückes, wodurch der Pfandvertrag (§. 1368 fg.) geschlossen wird, allerdings mit einer gewissen Notwendigkeit der Abschluß des Verpfändungsvertrages (bezüglich der Mobilien), weil die Uebergabe hier Form der Verpfändung

---

[65]) Richtiger Scheurl, Beitr., I, S. 190.

[66]) Vgl. auch O. Mayer, S. 20, 21, 26, 27.

ist (§. 451). Dieselbe Tatsache, welche dort als „res“ Voraussetzung des Realvertrages ist, erscheint hier als (gesetzlich gebotene) Form des sachenrechtlichen Vertrages. Dieses Zusammentreffen ist dann freilich kein zufälliges, sondern ein notwendiges.[67]) Aber diese Notwendigkeit ist eine völlig andere, als die oben dargelegte: diese beruht auf einer positiven Vorschrift, jene auf der Logik der Tatsachen und der Natur des Menschen. —

Das Ergebniß der bisherigen Betrachtung ist dieses: das einfachste vermögensrechtliche Geschäft unter Lebenden hat zwei Seiten,[68]) zwei Prädicate; denn Menschen können nicht anders als zu bestimmten Zwecken handeln: ein Verhalten kann zwecklos sein, eine Handlung nie.[69]) — Deshalb ist es auch ein bedenklicher Sprachgebrauch, der das abstracte Versprechen als „reinen Vertrag“ bezeichnet,[70]) und der die Vorstellung erzeugen kann, als wäre die Berücksichtigung

---

[67]) Eine weitere, zufällige Complication ist aber auch hier möglich: die Uebergabe des Pfandstückes kann sich darstellen zugleich a) als solutio eines pactum de pignore dando, b) als Verpfändung, c) als Abschluß des Pfandvertrages.

[68]) Bei den sog. abstracten Verträgen fehlt keineswegs die eine Seite; sie wird nur verschwiegen, verhüllt.

[69]) Auch nicht die des Geisteskranken; wo er abnorm handelt, besteht die Abnormität in dem Setzen dieses Zweckes, oder in der Wahl dieses Mittels zu diesem Zwecke. — Ueber den Satz im Text herrscht übrigens nahezu Einstimmigkeit: s. z. B. Arndts, S. 394, 395; Bähr, Anerkennung, S. 12; Witte, Bereicherungsklagen, S. 53; Schloßmann, (s. unten) S. 34, 35 und N. 52. — Voigt freilich behauptet (S. 510): „die Position, daß jede Vermögensübertragung einem Zwecke diene, widerstreitet den Gesetzen unserer Psychologie, welche ein zweckloses Handeln anerkennt, somit aber auch eine zwecklose Aufopferung des Vermögens unter Uebertragung des Aufgeopferten auf einen Anderen als möglich statuirt; und die Erfahrung des täglichen Lebens bestätigt jenen Satz, ohne daß das Recht solches Handeln aus seiner eigenen Sphäre hinauswiese“ (!) „Sodann der Einteilungsgrund an sich, welcher nach dem gegebenen Zwecke einer Vermögensübertragung die Letztere selbst classificirt, ist ebensowol dem röm. R. durchaus fremd, als unbrauchbar für jedes juristische System.“ (!)

[70]) Noch weniger sind zu billigen die Ausdrücke „genereller Vertrag“ und als Gegensatz „individuell charakterisirter Vertrag“. Die Verschiedenheit der causae begründet Gattungsunterschiede unter den Verträgen. Ein Schenkungsversprechen z. B. ist nicht ein „individuell-“, sondern ein generisch charakterisirter Vertrag, ein Vertrag, der unter das genus „Schenkung“ fällt.

des causalen Momentes eine unwesentliche Zutat, die causa selbst etwas Aeußerliches, jene Art des Versprechens die normale. Vielmehr liegt in solchem Falle eine defecte, den halben Tatbestand verschweigende Willenserklärung vor und meines Erachtens sollte die Gesetzgebung jedem solchen Vertrage den Rechtsschutz versagen, wenn jener Defect nicht durch Beobachtung einer gesetzlich bestimmten Form compensirt wird, einer Form, welche einige Garantie für die Ernstlichkeit des Verpflichtungswillens, die Reiflichkeit des Entschlusses und gegen Mißbrauch des Credites gewähren könnte. Wenn irgendwo die Form einen legislativen Wert hat, so ist es beim abstracten Versprechen.*) Es soll hier nicht auf die vielventilirte Frage eingegangen werden, wie es sich damit nach gemeinem Rechte verhalte. Nur das Argument muß als ein verunglücktes zurückgewiesen werden: in Stipulationsform war das abstracte Versprechen bindend, warum sollte es ohne dieselbe weniger bindend sein?[71]) — Einer schlimmeren Unterschätzung der Form haben sich selbst die Naturrechtslehrer nie schuldig gemacht! Für die Systematik des Rechtes ergeben sich aber schon hieraus zwei Bemerkungen: 1) die causa in diesem Sinne darf nicht neben der Bedingung und Befristung figuriren; will man von Selbstbeschränkungen des Willens reden, so sind conditio und dies zufällige Beschränkungen, die causa dagegen eine notwendige (abgesehen von dem positiven Institut abstracter Verträge); eine „Nebenbestimmung" der Verträge vollends kann die causa nicht genannt werden, da sie vielmehr ihre Hauptbestimmung ist.[72]) 2) Die unendliche Fülle und Mannigfaltigkeit des Verkehrslebens läßt sich nicht durch Aufstellung von Typen, sondern nur durch Analyse und durch Ergründung der Natur der Elemente, deren Combination das Leben zeigt, wissenschaftlich beherrschen. Die Resultate dieser Analyse nach einer Richtung enthält die Lehre von den einzelnen Rechten und rechtlichen Verhältnissen; die Resultate der nach einer anderen Richtung anzustellenden Analyse wären in eine, dem Vermögensrecht voranzustellende, Lehre von der causa der Rechtsgeschäfte zusammenzufassen. Hier würde auch die Schenkung ihre natürliche Stellung finden, während dermalen ihre

*) Vgl. Kuntze, Wechselr., II, §. 37, S. 285; Gneist, Formelle Verträge, 226 fg.

[71]) So selbst Windscheid, II, §. 318, N. 3.

[72]) Vgl. Schloßmann, S. 39.

Stellung im Obligationenrecht als falsch,[73]) im allgemeinen Teil als unmotivirt, zusammenhanglos, überraschend erscheint.[74]) — Bei den Obligationen sind nicht zu verwechseln die causae obligationum (Entstehungsgründe der Verbindlichkeiten), und die causae promittendi, d. h. die Zwecke, deren wegen man ein Versprechen abgibt.[75]) Nur letztere gehören hierher, und sind natürlich die nämlichen, wie die causae traditionis. Nur auf einem Punkte ist diese Parallele nicht durchführbar: bei den Realverträgen. Man kann nicht sagen: man promittire credendi c., weil die Vorleistung erst die obl. gründet. Hier läßt sich die causa promittendi von der causa obligationis nicht unterscheiden: Entstehungs- und Bestimmungsgrund fallen hier zusammen. Darum ist nie eine Novation vorhanden, wenn an die Stelle einer Obl. ein Realvertrag gesetzt wird (z. B. das Kaufgeld wird als Darlehen belassen).

Ich versage es mir, weitere Consequenzen, die sich aus obigen Erwägungen für die Systematik ergeben würden, hier zu ziehen; und kehre zu dem eigentlichen Gegenstand dieser Schrift zurück.

§. 7.

Error in causa traditionis.

Aus dem im vorigen §. Gesagten folgt, daß der Wille des Veräußernden notwendiger Weise einen zweifachen Inhalt haben muß;

---

[73]) Daß man sie dahin stellte, hängt damit zusammen, daß man gewöhnt war, unter justa tr. c. stets eine zur Eigentumsübertragung verpflichtende obligatio zu verstehen. Strempel, S. 20, N. 2.

[74]) Vgl. hiezu Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, I, S. 89—92; Brinz, Pand., §. 349 u. §. 350 a. E.; dann aber auch Maudry in d. krit. Vjschft., XIV, S. 377, 378, und Windscheid, Pand., II, §. 365, N. 18. — Ueberdies ist zu bedenken, daß der röm. Begriff der donatio enger ist als der reine Schenkungsbegriff (= nicht letztwillige Zuwendung eines vermögensrechtl. Vorteils donandi animo). Jener ist nach Utilitätserwägungen, gewisser Maßen empirisch, bestimmt. Wie man von einem „favor dotis“ spricht, so könnte man von einem „odium donationis“ reden; von diesem nun sollten gewisse unbedenkliche Schenkungen nicht getroffen werden. Folglich genügt die bloße causa nicht zur Charakterisirung der techn. donatio, und dies mag mit eine Ursache sein, warum die oben vorgeschlagene Neuerung keinen Anklang findet.

[75]) Vgl. Schloßmann, Causa oblig. Verträge. (Inaug. Diss., Breslau 1868.)

z. B. „ich will dem A das Eigentum an den Sachen x übertragen, um ihm damit ein Darlehen zu gewähren." Wer etwas will, weiß auch, wozu er es will. Im Folgenden nun wird nur der letztere Teil des Vorstellungs- und Willensinhaltes mit „animus" bezeichnet, dieses Wort also als technischer Ausdruck für die subjective Seite des Zweckes[76]) gebraucht werden. Es würde meines Erachtens sich empfehlen, von einem „animus donandi, dotis constituendae, mutui dandi, solvendi" etc., nicht aber von einem „animus dominii transferendi, servitutis constituendae, pignoris dandi" etc. zu sprechen. Jedesfalls würde ein so begränzter und bestimmter Sprachgebrauch die Verständigung erleichtern. —

Von diesem Standpunkt aus nun erscheint die berühmte Streitfrage nach der Wirkung eines Mißverständnisses der Parteien in Betreff der causa trad. in einem anderen Lichte, als in welchem sie gewöhnlich erblickt wird. Es ist nicht meine Absicht, auf die weitschichtige Literatur dieser Streitfrage einzugehen.[77]) Nur wenige Bemerkungen seien hier gestattet.

Die Mehrzahl unserer Schriftsteller nimmt einen nicht wegzudeutenden Widerspruch zwischen l. 36 D. de acq. rer. dom. XLI, 1 (Julian.), und l. 18 D. de reb. cred. XII, 1 (Ulpian.) an,[78])

---

[76]) Vgl. Bähr, §. 4, N. 5.

[77]) Regenbrecht gibt in seiner oft erwähnten, gut geschriebenen Dissert. (p. 69—101) eine mit unsäglichem Fleiße gearbeitete Geschichte der einschlägigen Erklärungs-, bez. Vereinigungsversuche, anfangend mit den Byzantinern und den Glossatoren und durchgeführt bis zum Anfang dieses Jahrh. S. auch die Literaturangabe bei Glück, IV, S. 155, N. 2. — Seither ist aber schon wieder eine umfangreiche Literatur aufgelaufen. Namentlich sind zu nennen: Regenbrecht selbst (p. 43—68 und p. 101 sq.); Wetzell, „Lex 12 tab. rer. furtiv. usucap. prohibet" (Diss., München 1840), p. 64—68; Göschen, Vorles. II, 1, S. 176—178; Baugerow, Pand., I, §. 311, A. 3; Dernburg, im Arch. f. civ. Prax., XL., S. 1—23; Schütze, Jahrb. d. gem. R., III, S. 429—442; Puchta, Vorles., I Bd., Beil. XV; Böcking, Pand. d. röm. R., II, S. 162—164; Scheurl, Beitr., I, 191 fg.; Witte, in Schletter's Jahrbüchern, X, S. 12; gelegentliche Bemerkungen bei Sell, Eigentum, S. 56, Note**), Bähr, Anerkennung, S. 14, N. 2; Exner, Trad., S. 321 fg., N. 8, Kaiser, l. c., p. 31 u. s. w.

[78]) So Merillius und viele Aeltere, die bei Glück, IV, S. 156, N. 2 a. E. genannt sind, so Regenbrecht, p. 102: „discrepantiam agnoscere

und hat darin gewiß Recht.[79]) Noch weit allgemeiner ist die Uebereinstimmung darüber, daß die erstere Entscheidung den Vorzug ver-

---

cogimur", und p. 109: „mihi persuasum est, diversas ICtorum sententias circa hanc quaestionem obtinuisse"; so Bangerow, Puchta, Scheurl, Göschen (II, 177), Witte, S. 12, col. 2; Exner, a. a. O., Fitting, u. A.

[79]) Schon die enorme Menge der unter sich differirender Vereinigungsversuche deutet darauf hin, daß sie auf Erklärungen beruhen, die nicht nahe liegen; so der Versuch Schütze's auf einer sehr gezwungenen Interpretation der l. 18 cit. (Sch. freilich sagt: sie sei „nicht gekünstelt"). Noch unbefriedigender ist die hypersubtile Erklärung Böcking's. Mehr Schein hat die Erklärung Wetzell's für sich. Davon ausgehend, daß in dem Mittelsatz von l. 36 cit. (veluti - deberi) eigentl. Uebereinstimmung rücksichtl. der causa (quoad genus) herrsche (beide Parteien haben eine solutio im Sinne), meint er, auch in dem folgenden Satze sei das „quasi creditam" nicht von dem Empfang eines Darlehens, sondern von einer vermeintlichen Rückzahlung eines creditirten Geldes zu verstehen. Der Empfänger glaubt, der Geber schulde ihm etwas; dieser beläßt ihn absichtlich in dem Glauben und zahlt (donandi animo). Dies schade der Tradition nicht; wol aber die Kenntniß des Sachverhaltes auf Seiten des Empfängers bei Irrtum auf Seite des Gebers (hier liegt furtum vor). — Doch auch diese Erklärung ist unrichtig. Einmal hat sie den sehr klaren Wortlaut des ersten Satzes der l. 36 gegen sich; dann ist die Erklärung der Worte „quasi creditam" falsch, wie die Vergleichung mit l. 18 zeigt („quasi mutuam", „et puto, nec mutuum esse"), wo Ulpian offenbar die andere Stelle vor Augen hatte („Julianus scribit"). — Dernburg (S. 10—18) sucht dadurch zu helfen, daß er annimmt, Julian und Ulpian hätten verschiedene Fälle vor Augen gehabt: Julian setzte ein Mißverständniß über die causa voraus; Ulpian denke sich den Fall so: der Geber wolle kein Darlehensgeschäft machen, wol aber schenken, der Andere sei zu stolz, das Geschenk anzunehmen, und nehme das Geld ausdrücklich nur als Darlehen. [Ebenso P. Götz (1856), de condict. nat., spec. I, p. 51, n. 15.] Mit viel Scharfsinn sucht D. die letzte subtile Suppositon annehmbar zu machen. Nehmen wir sie an; ist damit der Widerspruch beseitigt? Mit nichten! Ist der Dissens über die causa irrelevant, so muß er es offenbar auch in diesem Falle sein; ja hier noch gewisser, als in dem anderen. Dort (beim Mißverständniß) ist es sehr fraglich, ob der Geber ohne das Mißverständniß, das Geld überhaupt hergegeben hätte; hier steht dies außer Frage. Und den Willen, Eigentum zu geben und Eigentum zu erwerben, kann auch hier Niemand bezweifeln. — Eine in alter und neuer Zeit oft wiederholte, ebenso bequeme als grundlose Erklärung geht dahin: Ulpian handle gar nicht von der Eigentumsfrage, sondern von der quaestio obligationis (so Averanius und B.) oder, wie Andere vorsichtiger sagen, de contractus efficacia (so Hertius, Tom. III, p. 80).

diene.[80]) „Nur die Entscheidung Julian's steht mit den allgemeinen Principien in wahrem Einklang, so daß wir zu derselben gelangen müßten, wenn gar keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen darüber vorlägen." (Vangerow.) So einig sind unsere Schriftsteller darüber, daß sie es meist für überflüssig halten, die gegnerische Meinung zu widerlegen: ihre Verkehrtheit liege auf der Hand.[81]) Und hierin nun haben sie meines Erachtens nicht Recht. Es soll nicht bestritten werden, daß Julian's Ansicht die recipirte ist;[82]) aber betrachten wir uns die Sache vom Standpunkt der reinen Wissenschaft, so wird die Frage, auf welcher Seite die Wahrheit sei, nicht so leichthin beantwortet werden können.

Manche glauben, die Ansicht Ulpian's und der Wenigen, die ihm beistimmen,[83]) beruhe auf einem Mangel an juristischer Beobachtung und Analyse.[84]) Man müsse das sachenrechtliche Geschäft von dem obligatorischen wol unterscheiden, und nicht die Voraussetzungen der beiden vermengen. So meint Puchta, Ulpian sei wahrscheinlich „so sehr mit der obligatorischen Seite beschäftigt gewesen, daß er die Eigentumsfrage ungenau behandelte." Als ob die causa (bez. der animus) identisch wäre mit einer obligatio praecedens! — Andere

---

[80]) Cuiacius, Neap. Ausg., VI. Bd., col. 82 fg.; Donellus, lib. IV, cap. XVIII, §. 6: „Et convenit inter omnes, Juliani sententiam veram esse sine controversia." D. glaubt den Widerspruch damit zu beseitigen (§. 11), daß er die Worte Ulpian's „nummos non fieri accipientis" im ökonomischen Sinne („aes alienum"), nicht im juristischen nimmt. Daß diese oft versuchte Erklärung unzulässig ist, jener Satz vielmehr wörtlich verstanden werden müsse, beweist Dernburg, S. 8, 9.

[81]) Dernburg (S. 12 a. E.) scheint die Annahme, Ulpian sei anderer Meinung gewesen als Julian für eine Beleidigung des Ersteren zu halten. Es hängt dies zusammen mit falschen Folgerungen, die er aus jener Entscheidung zieht (s. weiter im Text).

[82]) Hiefür spricht das „constat proprietatem transire" bei Julian, verglichen mit dem „puto . . . accipientis non fieri" bei Ulpian; Glück, VIII, 122; Göschen, Vorles. II, 1, S. 178.

[83]) Dabelow, §. 1248 a. E.; Glück, IV, 152 fg.; VIII, 122 fg.; Pothier (s. Warnkönig, S. 116). . . .

[84]) Manchen der Anhänger Ulpian's mag dieser Vorwurf immerhin treffen, aber nicht: weil er es ist, sondern um des Grundes willen, aus dem er es ist.

meinen, wenn man Ulpian folge, müsse man die causa (im objectiven Sinne) unter die positiven Erfordernisse der Tradition aufnehmen. Diese beiden Fragen aber haben in Wahrheit mit einander nichts gemein. Hier ist die Frage lediglich die: „ist Willensübereinstimmung (also Vertrag) vorhanden oder nicht, wenn der Eine animo donandi etwas gibt, der Andere animo mutui accipiendi es nimmt?" Dabei ist also nur vom subjectiven, nicht vom objectiven Tatbestand die Rede. An jenes angebliche Erforderniß einer iusta causa tr. im Sinne der älteren Theorie dachte Ulpian so wenig als Julian. Die Meinungsverschiedenheit liegt nach einer ganz anderen Richtung.

Die Meinung Julian's und unserer meisten Juristen gründet sich auf diesen Gedanken: Es kommt bei der Uebereignung wesentlich darauf an, daß der Eine das Eigentum geben, der Andere es erwerben will. Haben nun „Beide zwar verschiedene Geschäfte im Sinne, aber beide putativen Geschäfte bezwecken den Eigentumserwerb, so findet dieser statt, eben weil doch ungeachtet des Irrtums der animus transferendi und acquirendi vorhanden ist, obwol begreiflich keines der beiden Geschäfte gültig ist" (Vangerow).[85]) In dem Umfang, in dem die beiden Willen congruiren, sei der Vertrag gültig: „utile per inutile non vitiatur." Dafür lassen sich auch scheinbare Analogien beibringen: bei einem Mißverständniß über Summe oder Quantität gilt das einseitige Versprechen pro concurrente summa; ebenso die letztwillige Zuwendung, wenn Wille und Erklärung einander nicht vollkommen decken. — Aber dies Räsonnement ist unstichhältig. Das Herausschneiden congruenter Stücke ist in letzteren Fällen logisch, in unserem Falle unlogisch. Ob ich auch die Summe kleiner nehme, als sie in der Erklärung steht, das ändert nichts wesentliches; was nach Abzug des Nichtgewollten, Nichterklärten oder vom anderen Teil Nichtgemeinten übrig bleibt, bildet noch immer einen selbständig denkbaren (also vollständigen) Inhalt eines Willens, respective einer Erklärung. Wenn ich dagegen den animus (in jenem oben dargelegten Sinne) wegdenke, so bleibt kein vollständiger (selbständig möglicher)

---

[85]) V. folgt hier dem Donellus (s. II. Bd., p. 396 der Nürnberger Ausg.).

Willensinhalt übrig. Dem kein Mensch kann abstract (sine certo animo) Eigentum geben oder nehmen wollen. Was ich dort herausschäle, kann selbständig auftreten, was ich hier herausschäle, kann in dieser Isolirung nie vorkommen. Das dort durch eine Art Amputation Gewonnene ist lebensfähig, das hier Zurechtgeschnittene ist eine todte Abstraction; ein Rechtsgeschäft, dem man den Kopf amputirt hat!

Die Eigentumsänderung und ihr Zweck sind (nach §. 6) gleich wesentlich, also untrennbar in dem Willen des Paciscenten vorhanden.[86]) Die Willen der Beiden differiren in einem so wesentlichen Punkt, daß von einer Uebereinstimmung ihrer Willen keine Rede sein kann.[87]) Ohne diese aber besteht kein Vertrag, also auch kein Uebereignungsvertrag. Den Vorwurf mangelnder juristischer Akribie also können Ulpian's Verteidiger den Gegnern (etwa zur Abwechslung mit der Variation: „Mangel philosophischer Akribie") zurückgeben! — Ganz allgemein stellt man sich vor: a) wer objectives Dasein einer causa, d. h. eine wirkliche und gültige Schenkung, ein gültiges Darlehen u. s. w. für die Tradition verlangt, muß folgerichtig den error in causa den Eigentumsübergang hindern lassen, — und dies ist richtig;[88]) — b) und umgekehrt: wer den error in causa für relevant erklärt, erkläre sich damit für die Auffassung der j. c. tr. als eines gültigen Rechtsgeschäftes, das bei jeder Tradition vorausgesetzt werde, und dies ist — grundfalsch! Ohne Consens über die causa kein objectives Dasein derselben;[89]) aber ohne objectives Dasein der

[86]) Scheurl, Beitr., I, 192, meint: Julian habe „darauf aufmerksam gemacht — was doch sehr einleuchtend scheint — daß die Nichtübereinstimmung nicht das Geben und Empfangen des Eigentums, sondern nur die Beweggründe — also etwas, das für die juristische Beurteilung Nebensache ist — betroffen hat." Scheurl verwechselt Beweggründe und juristisch-wirtschaftlichen (nächsten) Zweck (s. hier §. 8).

[87]) Vgl. Schloßmann, S. 39: „Der Zweck ist seiner Natur nach nicht etwas von dem in einem Rechtsgeschäfte zum Ausdruck kommenden Willen Gesondertes, sondern er ist vielmehr ein integrirendes, ja er ist vom Standpunkt des Wollenden das wesentlichste Element desselben."

[88]) Treffend bemerkt Warnkönig, S. 116: es sei auffallend, daß diejenigen, welche unter causa tr. sich ein gültiges Geschäft denken, dennoch nicht Ulpian folgen, sondern Julian.

[89]) Man gestatte diesen Ausdruck der Kürze halber für „kein Rechtsbestand, keine Gültigkeit der donatio, solutio, des mutuum etc."

causa kann immerhin Consens denkbar sein. Das indebite solutum bewirkt keine wahre solutio, aber Consens der Parteien ist da: beide glauben an die Existenz der Schuld, beide intendiren die Tradition als eine solutio. Ihre Vorstellungen stimmen wohl mit einander, nur nicht mit der Wirklichkeit überein. Ferner kann ein mutuum etc. ungültig sein, trotz Consens. M. a. W. Dissens allein hindert schon das Zustandekommen eines solchen Rechtsgeschäftes, Consens allein macht es noch nicht gültig. Bei Dissens ist gar kein Vertrag; bei mangelnder Handlungsfähigkeit z. B. ist trotz Consens kein gültiger Vertrag da.

Gleichwol ist es ganz gewöhnlich, daß man einen Widerspruch zwischen der Entscheidung Ulpian's (wenn sie so verstanden wird, wie hier geschieht) und dem Satze: eine iusta c. im objectiven Sinne ist kein positives Erforderniß der Tradition annehmen zu müssen glaubt. Insbesondere soll jene Entscheidung mit der Lehre von den Condictionen, namentlich der condictio indebiti unvereinbar sein. Westphal System, . . . über die Arten der Sachen . . . (1791) S. 388: „Julianus hat die Analogie der condictionis indeb. . . . und die Vernunft für sich. Ebenso Gesterding, Eigentum §. 21. (S. 138 fg.)[90]) Nicht besser kommt Ulpian weg bei Voigt, Condictionen, S. 144, wo ihm zugemutet wird, daß er „lediglich bei Gelegenheit der Erörterung von der Tradition und deren causa die Anforderung vom Consense über die Letztere aufstellte, ohne dabei sich der Consequenzen bewußt zu werden, die seine Lehrmeinung mit innerer Notwendigkeit für die condictio indeb. zur Folge haben mußte." . . . Da aber, „ein so kühnes Abfertigen nicht nach Jedermanns Geschmack" ist (Witte, S. 12), so kehrt Dernburg (S. 12, a. E.), in demselben Gedanken wie Voigt befangen, die Behauptung geradezu um: weil man Ulpian nicht zumuten dürfe, er habe den Fundamentalsatz der Traditionslehre ignorirt, so könne er gar nicht das gemeint haben, was seine Worte auf den ersten Blick besagen. Und S. 3 fg.: „Wenn der Satz richtig ist, daß zur Eigentumsübertragung nicht notwendig ist,

---

[90]) Dagegen Regenbrecht, p. 100: „facili negotio Gesterdingio demonstraverim, Ulpiani pariter ac Juliani sententiam cum sana ratione congruere." Doch führt er dies nicht aus.

daß die Absicht, welche den Parteien vorschwebte, wirklich erreicht sei, . . . so folgt daraus, daß auch dann ein Eigentumsübergang zu Stande kam, wenn sie beide" die Uebereignung wollten, in causis dissentientes. Fitting (S. 9, N. 89): „durch die bekannte l. 18, pr. D., 12, 1, wird bewiesen, daß Ulpian einer von denjenigen Juristen war, welche den Eigentumsübergang durch Tradition vom Dasein einer iusta c. tr. abhängig machten." S. 407 nimmt Fitting an: das Erforderniß der objectiven iusta causa tr. habe nach älterem Rechte allerdings gegolten. Folge davon sei gewesen: Dissens über die wirtschaftliche Seite machte die Tradition wirkungslos. Gewiß wäre dies die Folge gewesen, und wüßten wir das erstere, so wäre damit das letztere außer Zweifel. Fitting dagegen meint: die Beweisgründe für den zweiten, seien auch Beweisgründe für den ersten Satz. Dies aber ist ein Verstoß gegen das Gesetz der logischen Unterordnung.

Mit dem Grunde ist auch die Folge gesetzt, aber nicht umgekehrt. Mit der Folge ist auch der Grund negirt, aber nicht umgekehrt. Demnach: 1) Dissens (Grund); also ungültige causa (Folge); aber nicht: 2) ungültige causa, also Dissens. — 3) Keine ungültige (sondern eine gültige) causa, folglich kein Dissens; aber nicht: 4) kein Dissens, folglich keine ungültige causa.

Demnach ist: 1) richtig der Schluß:

Wem der error in causa irrelevant, dem ist auch die Ungültigkeit der causa irrelevant.

M. a. W.: Uebereinstimmung rücksichtlich der causa wird nicht gefordert; also: objectives Dasein der causa wird nicht gefordert.

2) Aber unrichtig dieser:

Ungültigkeit der causa irrelevant, Dissens bez. der causa irrelevant.

M. a. W. Objectives Dasein der causa wird nicht gefordert, Willensübereinstimmung bez. der causa wird nicht gefordert.

3) Richtig ist wieder die Argumentation:

Ungültigkeit der causa nicht irrelevant, Dissens bez. der causa nicht irrelevant.

M. a. W.: Objective gültige causa wird gefordert, Uebereinstimmung bez. der causa wird gefordert.

4) Ein Fehlschluß dagegen:

Dissens . . . nicht irrelevant, Gültigkeit der causa nicht irrelevant.

M. a. W.: Uebereinstimmung rücksichtlich der causa wird gefordert, objectives Dasein der causa wird gefordert.

Dernburg begeht beidesmal den Fehlschluß Nr. 2, Scheurl, Voigt und Fitting u. A. begehen den unter Nr. 4.[91]) — Alle aber übersehen, daß Uebereinstimmung von Wille und Wille etwas anderes ist, als Uebereinstimmung von Wille und Erfolg.

Wo so viele und darunter so denkgeübte Männer fehlgedacht haben, da mag es entschuldigt werden, wenn hier die Probe auf die Richtigkeit der eigenen Gedankenfolge mit einiger scholastischer Umständlichkeit gegeben wurde. —

Resultat: Ulpian[92]) dachte über die Natur der Willenseinigung bei der Uebereignung anders als Julian. Daß sie über das Verhältniß der causa zur Tradition verschieden gedacht hätten, ist eine grundlose Behauptung. —

Es freut mich, daß ich in diesem Gedankengange mich mit Witte begegne; und ich kann mir nicht versagen, seine Worte hierherzusetzen. Er sagt (a. d. in N. 40 a. O.): „Nicht berührt durch unsere Frage wird der bekannte Streit zwischen Julian und Ulpian. . . . Daß eine objective causa nicht vorzuliegen brauche, steht beiden Juristen fest.[93])

---

[91]) Scheurl, Beiträge, I, S. 192, sagt: Wenn man Ulpian um den Grund seiner Entscheidung gefragt hätte, würde er wol keine andere Antwort gehabt haben, als: es sei eben hergebracht, daß die Tradition ein concretes, gültiges Rechtsgeschäft zur Grundlage haben müsse.

[92]) Ob Javolenus ebenso gedacht — l. 55 D. 44, 7 — getraue ich mir nicht zu entscheiden. Man kann den zweiten Satz mit dem ersten sich lediglich durch den allgemeinen Gedanken verbunden denken: „zu jedem Vertrage gehört Consens", indem man die vend. etc. gar nicht auf die „res, quae dominium transferunt" bezieht (dies scheint Witte, S. 12, zu tun), und hiefür spricht das „sive conductio"; dann ist der Satz trivial genug (doch um nichts trivialer als das Ulpianische: „et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est" l. 1 §. 3 D. II, 14); — man kann aber auch — trotz der conductio — die Stelle dahin verstehen, es werde Consens rücksichtlich der causa verlangt. Vgl. Voigt, S. 133, der jedoch auch hier jenen Fehlschluß (Nr. 4) begeht.

[93]) Die merkwürdige l. 25, §. 1, D. VII, 1, (Ulp.) erklärt Strempel, S. 40, wie mir scheint mit Recht, aus einer Ueberschreitung der Administrations-

Der Kern der Differenz liegt vielmehr darin, daß Juli
Wesen der beiden in Frage stehenden Rechtsgeschäfte,
und des mutuum, das beiden gemeinsame Moment, die
übertragung, herausnimmt, und ohne Rücksicht auf di
Unterschiede der weiteren Folgen, soweit die Uebereinstim
Wirkung eintreten läßt, während Ulpian eine solche T
einzelnen Elemente der Rechtsgeschäfte für unzulässig häl
Rechtswirkung leugnet, weil weder donatio noch mutuun
gekommen ist. Ob dabei nicht Ulpian's Meinung den
diene, erscheint mir jetzt[94]) sehr zweifelhaft, da in der
ristische Bedeutung des Eigentums eine wesentlich andere
nachdem dasselbe durch Schenkung oder Darlehn erworbe
man dem abstracten Willen, Eigentum zu übertr
zu erwerben, in den verschiedenen Rechtsgesch
Selbständigkeit abzusprechen hat."

---

befugnisse; Dernburg, S. 18—23 aus einem error in corpore,
des „simul in sacculo" sich hören ließe, wenn es bei dem andere
unwahrscheinlich wäre. [Ueber das zur Frage stehende Verhältniß sell
schwebendes Eigentum (1871), §. 4.] Jede dieser Erklärungen abe
Vorzug vor der Annahme Fitting's, Ulpian erfordere eine objecti

[94]) Früher hatte sich nämlich Witte für Julian ausgespro
ungsklagen, S. 55 (§. 8, Anm. 3), und §. 37 (S. 292).

[95]) Diese ungenaue Wendung hat Exner's Bemerkung (S. 3
vorgerufen: er sehe nicht, wie so die juristische Bedeutung des
eine wesentlich andere werden soll u. s. w. Offenbar ist aber Wit
die: der Eigentumserwerb habe bei der donatio eine wesentlich
mische) Bedeutung, als beim mutuum: dort bedeute er reine Ver
die Belastung mit einem „aes alienum" (nebenbei gesagt: ein si
gebrauch, der es andeutet, daß das als Darlehn empfangene Geld
in gewissem Sinne doch nicht gehört, nämlich nicht dem Werte n
jeder einen so verschiedenen Erwerb im Sinne habe, sei keine Will
mung vorhanden.

§. 8.

Zweck und Beweggrund.

Jene 4 Fragen auf unser „Geschäft" angewendet, stellen sich so:

1) Was geschieht? (Wirkung.) Das Eigentum der Sache *X* wird vom A auf den B übertragen.

2) Wie geschieht es? (Form.) Durch Besitzergreifung von Seiten des B mit Zustimmung des A.

3) Wozu? (Zweck.) Um zu schenken, um zu verkaufen (genauer obligationis ex vendito solvendae causa),[96]) um ein Darlehn zu geben, um einen (unbenannten) Realcontract zu schließen, um eine Darlehnsschuld zu tilgen, um ein Heiratsgut zu bestellen u. s. w.

4) Weshalb? (Beweggrund.) Die Motive, denen eine juristische Handlung entspringen kann, lassen sich weder aufzählen, noch classificiren. Es sei deshalb hier auch nur darauf hingewiesen, daß in zwei Fällen der Zweck selbst schon das Motiv mit zu enthalten scheint; nämlich beim animus donandi und solvendi; daß man aber auch hier, genauer zusehend, das Motiv vom Zweck unterscheiden kann. Man kann schenken aus Neigung, Hochachtung, Erbarmen, Eitelkeit, Eigennutz. . . . Man kann seine Schuld bezahlen aus Gewissenhaftigkeit, Sorge für seinen guten Namen, oder für den Credit, aus Furcht vor der Execution, aus Mitleid u. s. w.; so daß selbst die juristische Unfreiwilligkeit der solutio nicht eine Mannigfaltigkeit von Motiven ausschließt.

Es handelt sich nun darum, das Verhältniß von Zweck und Beweggrund genau zu bestimmen. Unsere Sprache kommt uns hier zu

---

[96]) Stellt man sich auf den von Windscheid, II, §. 365, N. 18, angedeuteten Standpunkt (vgl. hier Note 5), so muß man dem animus donandi einen animus vendendi, permutandi entgegensetzen; während vom Standpunkt der herrschenden Ansicht aus dies nur einzelne Fälle des animus solvendi sind. — Wetzell (in der cit. Inaug. Diss.) glaubt, daß von den Römern die von der emtio zeitlich getrennte traditio nicht als „solutio obl.", sondern als „complementum emtionis" aufgefaßt wurde (p. 60), was historisch mit dem Anschluß an die mancip. zusammenhänge (p. 58 sq.), und woraus sich manche Eigentümlichkeiten der Ersitzung ex titulo pro emtore erklären sollen (p. 60).

Hülfe, während die Vieldeutigkeit des Wortes causa[97]) der in unserer Materie herrschenden Unklarheit beigetrage bekanntlich bedeutet dieses Wort ebenso den Zweck (dona causa), als den Beweggrund, so in l. 25, §. 1, D. aliqua ex causa fundum vendat;" Quintil. Inst. 35 nennt als „causae": ira, odium, metus, cupiditas, Verhältniß jener beiden ist aber dieses: der Wille entsp Beweggründen, die Motive bringen ihn hervor; der h Wille enthält den Zweck. Das Motiv steht außerh lens, vor und neben demselben; der Zweck ist ein Teil inhaltes. Der Zweck bestimmt deshalb die juristisch Willens, das Motiv seinen sittlichen Wert. Der Zw Verstandessphäre, das Motiv dem Gemütsleben a tiv verhält sich zum Zweck wie das Wünschen zum W Zweck muß sich manifestiren, an das Tageslicht trete kann in der Tiefe der Seele verborgen bleiben. D also etwas Aeußerliches, das Motiv etwas Inner weil wir Juristen es nur mit dem in die Außenwelt T Manifesten zu tun haben, und weil der Wille das Privatrecht ist, interessirt der Zweck den Civilisten gar er dem Beweggrunde in der Regel nicht nachfrägt.

Haben wir oben Effect und Zweck (was? und wo als erste und zweite Wirkung (unmittelbare und mittell nächste und fernere Wirkung), so können wir jetzt den Motivs dem Zweck (im eigentlichen Sinne) d. h. dem anim im subjectiven Sinne als den entfernteren Zweck (genden Zweck) entgegensetzen.[98]) Z. B. ich übertrage

---

[97]) Man vgl. die mit erstaunlichem (aber meines Erachte schwendetem) Fleiß gemachte lexikalische Zusammenstellung bei Bo

[98]) Wahrscheinlich von demselben Gedanken ausgehend, nennt S. 37, die causa den „ersten Zweck" (hingegen m. E. ohne G S. 396, N. 197) im Unterschiede von den Motiven, die er („Zwecke" nennt. Doch ist dies nicht ganz klar. Möglich ist auch mann bei dem „ersten" Zweck an Fälle denkt, wie sie die v l. 5, §. 1, D. de A. E. V. enthält. Es können nämlich au einem Geschäfte mehrere causae im technischen Sinne vorl

auf den B, um den B zu bereichern; ich will den B bereichern, um mir ihn geneigt zu machen. Oder: Ich übertrage das Eigentum, um meine Schuld x zu tilgen; ich will die Schuld X tilgen um meinen guten Namen zu wahren, oder um mein Haus hypothekenfrei zu machen. Das Motiv ist für den Civilisten irrelevant. Die bekannten Fälle, die man als Ausnahmen anzuführen pflegt (bei Schenkungen, letztwilligen Zuwendungen) sind genauer besehen, keine Ausnahmen. Dort ist der Inhalt des Motivs in den Inhalt des Willens aufgenommen, und kommt gar nicht als Motiv, sondern als Beschränkung des Willens[99]) in Betracht, d. h. (um mit W. zu reden) als Voraussetzung, unentwickelte Bedingung.

Auf diesem Punkte angelangt, kann ich mit wenigen Sätzen meine eigene Ansicht über die iusta causa traditionis aussprechen. Diese ist nur als ein sogenanntes negatives Erforderniß[100]) der Tra-

---

wieder verschieden zu einander verhalten können, zuweilen so, daß man auch da von einer nächsten und entfernteren causa reden kann. (Vgl. Schloßmann, S. 35, 36.)

[99]) Man denkt sich diese Beschränkungen gewöhnlich als den Willensact, das Wollen, betreffend; während sie in Wahrheit nur den Willensinhalt, das Gewollte betreffen. Dies gilt auch von der conditio im technischen Sinne. Auch diese betrifft nicht die Frage: wie ist gewollt?, sondern die Frage: was ist gewollt?; m. a. W.: nicht den Willen im subjectiven Sinne, sondern den Willen im objectiven Sinne. „Reifer, unreifer, fester, schwankender Wille" sind Prädicate des subjectiven Willens, Qualificationen des Wollens; ein sogenannter bedingter Wille kann aber so reif, klar und gegenwärtig entschieden sein, als ein unbedingter: die Unklarheit, Unentschiedenheit betrifft das Wissen, nicht das Wollen: jenes, nicht auch dieses ist „in suspenso". Es ist also nicht zu billigen, wenn Brinz, S. 1391, die Lehre von den Bedingungen „ad 4) von Fertigkeit des Entschlusses" anschließt. — Man hat sich die sogenannte bedingte Willenserklärung, als die unbedingte Erklärung eines doppelten Willensinhaltes zu denken: z. B. „Ich will: a) daß Z. mein Erbe wird, wenn x geschieht; b) daß Z. nicht mein Erbe wird, wenn x nicht geschieht." Beides will ich schon jetzt mit voller Entschiedenheit, beides mit gleichem Ernst; eine andere Frage ist, was ich wünsche und erwarte. Wer eine bedingte Willenserklärung abgibt, weiß schon jetzt ganz klar, was er will, nur nicht, was geschehen, welchen Erfolg seine Willenserklärung haben werde. (Ueber andere Auffassungen vgl. Arndts, §. 66, A. 2; Unger, Erbrecht, §. 16, A. 3.)

[100]) Ueber positive und negative Erfordernisse der Rechtsgeschäfte s. Savigny, Obl. R., II, 262 fg. Der Ausdruck „negatives Erforderniß" enthält übrigens eine sprachliche Nachlässigkeit.

dition zu verſtehen. Ihr Vorhandenſein iſt zwar nicht
aber dennoch Lebensbedingung, da ihr Mangel rechtshin
Soweit iſt Exner beizuſtimmen. Dagegen hat dieſer
die causa meines Erachtens unrichtig beſtimmt, „als die
objectiven und ſubjectiven Tatſachen, welche zuſammen
Veranlaſſung eines concreten Traditionsgeſchäftes geweſen ſind
Gerade darauf nun kommt ſehr viel an, daß wir genau
in welchem Sinne das Wort „causa“ hier gebraucht iſt
erſten Blick wäre man geneigt anzunehmen, die „iusta c
tionis“ ſei dieſelbe causa, wie die „iusta causa usucap
auf dieſem Irrtum beruht eben die ältere Theorie; aber
haben ſich keineswegs allgemein von ihm frei gemacht.
bedeutet das Wort causa bei der Uſucapion die objecti
Tradition dagegen die ſubjective causa. Allerdings kann
praecedens“ nur eine causa im objectiven Sinne beb
darüber ſind wir ja jetzt alle einig, daß es ein in jede
ungenauer Sprachgebrauch iſt, wenn eine „causa praec
fordert wird: es wird an die gewöhnlichſten Fälle gedac
objective Tatſache genannt, aus welcher die ſubjective mit
keit ſich ergibt. Exner (S. 336) hat ganz richtig bemer
Abhängigkeit des Erwerbes durch Tradition von der
traditionis eine ganz andere ſei, als die Abhängigkeit
durch Erſitzung von deren iusta causa. Bei der
die iusta causa ein conſtitutives, bei der Tradition
causa ein impeditives Moment. M. a. W.: die iusta
ditionis läßt ſich nicht vergleichen mit der iusta causa
nis, wol aber (füge ich hinzu) mit der bona fides be
ung. Die iusta causa bei der usucapio iſt etwas
die iusta causa bei der traditio iſt etwas Subjectives
die bona fides. Es kann darnach nicht mehr auffallen, da
ling tadelnd hervorhebt: S. 421, vgl. S. 387) im Juſti
ein Parallelismus zwiſchen der Tradition und Uſucapion
der causa nicht ſtattfindet. Auch kann man Fitting nicht
wenn er (S. 416, 417) ſagt: das Abſehen von einer gül
tiv beſtehenden iusta causa traditionis und die Anſicht,
tativtitel bei der usucapio für genügend erklärte, ſeien

flüſſe eines und des nämlichen . . . Grundgedankens;“ daß es für Tradition ſowol als Erſitzung „nicht auf beſtimmte äußerliche objective, ſondern weſentlich bloß auf beſtimmte innerliche ſubjective Vorausſetzungen ankomme.“ Der Putativtitel gehört keineswegs (wie die causa trad.) bloß dem ſubjectiven Tatbeſtande an. Wird aus einem ungültigen Legate, oder einem wegen Handlungsunfähigkeit des Veräußerers ungültigen Geſchäfte u. ſ. w. beſeſſen, ſo gibt es außer dem Glauben des Beſitzers an die Exiſtenz des Titel, immerhin noch etwas Objectives: — die iusta causa erroris (l. 11, D. 41, 4).

Die causa traditionis iſt alſo eine causa im ſubjectiven Sinne und zwar „causa“ im Sinne von Zweck (nächſter Z.), nicht im Sinne von Motiv (entfernterer Z.). Die iusta causa trad. iſt alſo mit Einem Worte: der „iustus animus.“ In welchem Sinne hier „animus“ als techniſcher Ausdruck verwendet wird, wurde oben geſagt; nun wird alles darauf ankommen, feſtzuſtellen, was wir unter „iustus animus zu verſtehen haben, und dies ſoll im Folgenden geſchehen. So viel freilich iſt ſchon jetzt klar, daß auf die Sittlichkeit oder Unſittlichkeit der Motive dabei nichts ankommt. — Vorläufig alſo wollen wir dieſes Reſultat ziehen: Die Eigentumsübertragung iſt nichtig, wenn ſie iniusto animo geſchieht.

§. 9.

Iniusta tr. c. und Veräußerungsverbot.

Man iſt mit Recht heute darüber einig, daß man die Beurteilung der Tradition und die der etwa voraufgehenden obligatoriſchen causa von einander ſondern müſſe. Die auf ein anfechtbares, ja ſelbſt durchaus nichtiges Geſchäft hin erfolgte Tradition kann das Eigentum übertragen;[101]) und andererſeits „folgt aus der Nichtigkeit der Veräußerung einer Sache noch nicht gerade die Ungültigkeit des darauf abzweckenden Geſchäftes. Veräußerung iſt das Aufgeben eines ding-

[101]) Seuffert, Pand., §. 132; vgl. Göſchen, Vorleſungen, II, 1. Abtlg., S. 175: man müſſe unterſcheiden „Verbote, welche bloß die Entſtehung einer gültigen Obl. hindern und ſolche, welche die Tradition unterſagen.“ Strempel, S. 37, und Seuffert, Erörterungen, II, S. 25, 26.

lichen Rechtes, namentlich des Eigentums; der Abschluß einer Schenkung, einer Stipulation u. dgl. ist noch kei ung; diese Geschäfte sind daher auch bei einem bestehen rungsverbote an sich gültig, sofern nur der Erwerber die lichkeit nicht kannte."[102])

Gerade diese Erkenntniß nun hat es wol veranlaßt fach die Vorstellung Platz zu greifen scheint: die traditi causa sei die gegen ein Veräußerungsverbot vorgenomm Böcking, Instit, S. 90, „nur darf sie nicht einem ge äußerungsverbote zuwider sein." Göschen, Vorlesungen S. 175: Das obligatorische Geschäft selbst kann verboten sei der Tradition nicht, „sobald nur nicht ein Veräußer Spiele und somit die Tradition selbst untersagt ist." — diese Ansicht unbedenklich; denn allerdings „besteht die vollkommenen Veräußerungsverbotes darin, daß trotz d schehenen Veräußerung (Tradition) das dingliche Rec der es vorher hatte, in dominio permansit (l. 8, Cod. retinetur dominium (l. 11, eod.), dominium a te d potuit (l. 15, 16, eod.), alienatio proprietatis tuae ju (l. 5, Cod. VIII, 28)." [103])

Aber es ist von theoretischem Interesse, über d jener zwei — nicht identischen — Begriffe in's Klare

Jede traditio ex iniusta causa ist eine ungülti nicht aber umgekehrt. Die Gründe der Ungültigkeit könne

1) Unfähigkeit einer Partei: a) wegen mangelnder ter Handlungsfähigkeit,[104]) oder b) wegen mangelnden

---

[102]) Brandis in Linde's Ztschft. f. Civilrecht und Proceß, V 1833), S. 180, 181. Vgl. aber auch: Windscheid II, §. 31 hlarz in d. Ztschft. f. Civilrecht und Proceß (Neue F.), 22 B bes. S. 430, N. 63 (beistimmend Fitting, S. 269, N. 58).

[103]) Brandis, S. 183.

[104]) Unfähigkeit sowol zum Erwerbe, als zum Veräußern terem. Vgl. Exner, S. 50—52.

[105]) Jemand trabirt, der weder Eigentümer noch Pfandgl aber ein Pfandgläubiger im Falle der l. 5, Cod. VIII, 28 (vgl. §. 379, 3).

§. 8.

Zweck und Beweggrund.

Jene 4 Fragen auf unſer „Geſchäft" angewendet, ſtellen ſich ſo:

1) Was geſchieht? (Wirkung.) Das Eigentum der Sache **X** wird vom A auf den B übertragen.

2) Wie geſchieht es? (Form.) Durch Beſitzergreifung von Seiten des B mit Zuſtimmung des A.

3) Wozu? (Zweck.) Um zu ſchenken, um zu verkaufen (genauer obligationis ex vendito solvendae causa),[96]) um ein Darlehn zu geben, um einen (unbenannten) Realcontract zu ſchließen, um eine Darlehnsſchuld zu tilgen, um ein Heiratsgut zu beſtellen u. ſ. w.

4) Weshalb? (Beweggrund.) Die Motive, denen eine juriſtiſche Handlung entſpringen kann, laſſen ſich weder aufzählen, noch claſſificiren. Es ſei deshalb hier auch nur darauf hingewieſen, daß in zwei Fällen der Zweck ſelbſt ſchon das Motiv mit zu enthalten ſcheint; nämlich beim animus donandi und solvendi; daß man aber auch hier, genauer zuſehend, das Motiv vom Zweck unterſcheiden kann. Man kann ſchenken aus Neigung, Hochachtung, Erbarmen, Eitelkeit, Eigennutz. . . . Man kann ſeine Schuld bezahlen aus Gewiſſenhaftigkeit, Sorge für ſeinen guten Namen, oder für den Credit, aus Furcht vor der Execution, aus Mitleid u. ſ. w.; ſo daß ſelbſt die juriſtiſche Unfreiwilligkeit der solutio nicht eine Mannigfaltigkeit von Motiven ausſchließt.

Es handelt ſich nun darum, das Verhältniß von Zweck und Beweggrund genau zu beſtimmen. Unſere Sprache kommt uns hier zu

---

[96]) Stellt man ſich auf den von Windſcheid, II, §. 365, N. 18, angedeuteten Standpunkt (vgl. hier Note 5), ſo muß man dem animus donandi einen animus vendendi, permutandi entgegenſetzen; während vom Standpunkt der herrſchenden Anſicht aus dies nur einzelne Fälle des animus solvendi ſind. — Wetzell (in der cit. Inaug. Diſſ.) glaubt, daß von den Römern die von der emtio zeitlich getrennte traditio nicht als „solutio obl.", ſondern als „complementum emtionis" aufgefaßt wurde (p. 60), was hiſtoriſch mit dem Anſchluß an die mancip. zuſammenhänge (p. 58 sq.), und woraus ſich manche Eigentümlichkeiten der Erſitzung ex titulo pro emtore erklären ſollen (p. 60).

Hülfe, während die Vieldeutigkeit des Wortes causa[97] der in unserer Materie herrschenden Unklarheit beigetrage bekanntlich bedeutet dieses Wort ebenso den Zweck (dona causa), als den Beweggrund, so in l. 25, §. 1, D. aliqua ex causa fundum vendat;" Quintil. Inst. 35 nennt als „causae": ira, odium, metus, cupiditas, Verhältniß jener beiden ist aber dieses: der Wille entst Beweggründen, die Motive bringen ihn hervor; der l Wille enthält den Zweck. Das Motiv steht außerh lens, vor und neben demselben; der Zweck ist ein Teil inhaltes. Der Zweck bestimmt deshalb die juristis(Willens, das Motiv seinen sittlichen Wert. Der Zu Verstandessphäre, das Motiv dem Gemütsleben a tiv verhält sich zum Zweck wie das Wünschen zum W Zweck muß sich manifestiren, an das Tageslicht tret kann in der Tiefe der Seele verborgen bleiben. W also etwas Aeußerliches, das Motiv etwas Inne weil wir Juristen es nur mit dem in die Außenwelt t Manifesten zu tun haben, und weil der Wille das Privatrecht ist, interessirt der Zweck den Civilisten gar er dem Beweggrunde in der Regel nicht nachfrägt.

Haben wir oben Effect und Zweck (was? und wo als erste und zweite Wirkung (unmittelbare und mittel nächste und fernere Wirkung), so können wir jetzt bei Motivs dem Zweck (im eigentlichen Sinne) d. h. dem ani im subjectiven Sinne als den entfernteren Zweck genden Zweck) entgegensetzen.[98]) Z. B. ich übertrage

---

[97]) Man vgl. die mit erstaunlichem (aber meines Erach schwendetem) Fleiß gemachte lexikalische Zusammenstellung bei B

[98]) Wahrscheinlich von demselben Gedanken ausgehend, nenn S. 37, die causa den „ersten Zweck" (hingegen m. E. ohne S. 396, N. 197) im Unterschiede von den Motiven, die er „Zwecke" nennt. Doch ist dies nicht ganz klar. Möglich ist au mann bei dem „ersten" Zweck an Fälle denkt, wie sie die l. 5, §. 1, D. de A. E. V. enthält. Es können nämlich a einem Geschäfte mehrere causae im technischen Sinne vo

erwerbfähig, das Object ein taugliches, — dennoch ist die Veräußerung ungültig, wenn hac ex causa zu veräußern verboten ist. Der animus (donandi etc.) ist hier verpönt, die Veräußerung, bez. der Erwerb nur deshalb, weil sie hoc animo geschehen sind. Doch ist hier die Einschränkung auf gewisse Personen (d. h. Personen, die eine gewisse Eigenschaft haben) die Regel, wo dann eine Combination zweier Gesichtspunkte (Eigenschaft der causa und Eigenschaft des Subjectes) vorliegt. —

Wenn man sich gegenwärtig hält, daß die iusta bez. iniusta causa nicht objectiv (als Factum), sondern subjectiv (als Teil des Willensinhaltes) zu verstehen ist, so wird es leicht sein, die trad. ex iniusta causa von anderen Uebertretungen eines Veräußerungsverbotes zu unterscheiden. Eine trad. ex iniusta causa liegt vor, wenn die Tradition nicht als solche, sondern ihrer causa nach (als Schenkung u. s. w.) gesetzwidrig ist.[114])

Um uns dies zu verdeutlichen, vergleichen wir die verbotene Schenkung unter Ehegatten mit der Veräußerung einer res litigiosa. Bei jener Schenkung ist es gleichgültig, ob sie in einer Tradition oder Stipulation,[115]) oder einem Verzicht auf eine Servitut, oder einer Acceptilation oder sonst etwas bestehe; mögen es was immer für Geschäfte sein, „quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, — nullius momenti sunt.“ (l. 3, §. 10, D. 24, 1. Ulp.). Andererseits ist die Veräußerung einer res litigiosa ungültig, ob sie als Kauf, Tausch, Schenkung oder datio in solutum oder sonst etwas anderes auftritt. (l. 4, Cod. VIII, 37: „vel ad venditiones vel ad donationes seu ad alios contractus . . .;“ dann „sin

---

[114]) Vgl. Seuffert, Erörterungen, II, S. 26: „Der Uebergang des Eigentums findet allerdings nicht statt, wenn das Gesetz das vorausgegangene (?) Geschäft, diese Art der Veräußerung geradezu verworfen hat, z. B. die Schenkungen unter Ehegatten.“

[115]) Es ist schon von Anderen mit Recht darauf hingewiesen worden, daß zwischen Tradition und Stipulation eine gewisse Verwandtschaft bestehe. Bei beiden tritt die causa in den Hintergrund, kann aber dennoch auf ihren Bestand influiren. Vgl. Götz de condictionum natura (1856), spec. II, p. 16—18; Bähr, §§. 4, 6; Arndts, Vermischte Schriften, I, 320, 321; Witte, Bereicherungsklagen, S. 181.

... emerit vel per aliam speciem contractus eam (rem lit.) acceperit") (Ausnahmen am Ende der cit. lex).

Dort also Verbot der Eigentumsübergabe, weil sie eine Schenkung; hier Verbot einer Schenkung, weil sie Eigentumsübergabe ist.

Richerus[116]) umschreibt die iusta causa trad. mit „titulus, qui a legibus non reprobatur," und citirt beispielsweise die l. 7, Cod. XI, 47. An diesem Beispiel läßt sich besonders deutlich zeigen, wie unzutreffend diese und die oben citirten Umschreibungen sind. Bekanntlich durfte der Grundherr seine Colonen zwar mit dem Grundstück veräußern, aber ohne dasselbe durchaus nicht.[117]) Hievon nun handelt die l. 7 cit. und sagt, daß trotz der venditio „venditori vindicatio concessa est;" und hätte er es unterlassen „et heredibus eius et contra heredes emtoris vindicationem damus, longi temporis praescriptione submota; mala fide namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur." Nach der ratio legis kann aber füglich nicht bezweifelt werden, daß ein Gleiches von jeder anderen Veräußerung auch gelten müsse, wenn durch sie die Colonen von dem Grundstück getrennt würden; die causa ist dabei irrelevant. Es liegt also in solchem Falle zwar eine verbotene und nichtige Tradition, nicht aber eine trad. ex iniusta causa vor.

§. 10.

Die iniustae causae.

A) Bevor wir an die Darstellung der einzelnen iniustae c. gehen, müssen zuerst zwei hier gewöhnlich genannte Fälle ausgeschieden werden, von denen der eine gar nicht hergehört, der andere jedenfalls ganz eigentümlicher Natur ist.

1) Aufschub des Eigentumsüberganges wegen Nichtzahlung ... des Kaufpreises: §. 41, Inst., II, 1. (Exner, S. 332 fg.). Schon an anderem Orte[118]) wurde gezeigt, daß hier das gesetzlich reservirte Eigentum nur die Bedeutung einer Realsicherheit hat, daß wir hier

---

[116]) Univ. jurispr. (1821), III, p. 194, §. 755.

[117]) Savigny in d. Ztschft. f. gesch. Rechtsw. VI, 287.

[118]) Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechts, S. 63 fg.

gewissermaßen den ältesten Fall eines gesetzlichen Pfandrechtes vor uns haben; was um so einleuchtender ist, als in jener Zeit, in welcher dieser Rechtssatz entstand, nur das Eigentum die Functionen erfüllen konnte, die später dem Pfandrechte zufielen. Wenn dagegen bemerkt worden ist,[119]) daß Verf. damit „die Lehre von der fiducia eigentlich auf den Kopf stelle, da ja die fiducia eine Uebergabe der Sache Seitens des bisherigen Eigentümers, resp. Pfandschuldners zu Eigentum des Pfandgläubigers ist, während bei dem Kaufvertrag der Eigentumsübergang eben ausgeschlossen werden soll;" — so beruht dies offenbar auf Mißverständniß. Man muß sich nur klar machen, daß der Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigentumsübertragung nichts anderes ist, als ein Verpfändungsvertrag, bei dem der das Pfandrecht Bestellende der Erwerber des Eigentums ist (Windscheid, I, §. 230 a. E. u. N. 11; zu vgl. mit §. 212 a. E., bes. aber Note 12 ebd.). Es ist also ein vertragsmäßiger Vorbehalt des Eigentums bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld nur ein abgekürzter Vorgang, statt daß der Verkäufer dem Käufer die Sache in's Eigentum übertragen und dieser sie ihm sofort fiduciae causa zurückgeben (remancipiren . . .) würde. Ist nun ein solcher Fall analog dem vertragsmäßigen Vorbehalt eines Pfandrechtes, so ist auch jener gesetzliche Vorbehalt offenbar vergleichbar einem gesetzlichen Pfandrecht.[120]) Die spätere Anwendung jenes Rechtssatzes auf Gegenstände, bei denen eine eigentliche fiducia unmöglich war, macht natürlich auch keine Schwierigkeiten. — Ich benutze diese Gelegenheit, um noch auf eine, diese Ansicht stützende Erscheinung aufmerksam zu

---

[119]) Von Dr. Max Cohn in der Ztschft. f. Rechtswiss. und Rechtspfl. in Preußen, V. Bd., S. 273—277, in einer Kritik des vorgenannten Werkchens, der ich übrigens nachrühmen muß, daß sie sine ira et studio geschrieben ist, — kein geringes Lob heutzutage!

[120]) Cohn hat ferner eingewendet: durch den Aufsatz III (in meinen Beiträgen) werde „die Beweiskraft der These II aufgehoben," da im Aufs. III eine Erklärung desselben Satzes, der unter II histor. mit griech. R. in Zusammenhang gebracht wird, durch rechtsdogmatischen, specifisch römischrechtlichen Einfluß versucht wird." Dabei übersieht Cohn, daß der fiducia analoge Geschäfte auch dem griechischen Rechte nicht fremd sind (auch habe ich dies in jenem Aufsatz selbst, S. 66 unten, gesagt).

machen. Wie bei der fiducia oft das Eigentum als Sicherheit genügte, und deshalb die Innehabung und Benutzung der Sache precario oder pachtweise dem Schuldner (bez. Sicherheitstellenden) überlassen wurde,[121]) so auch hier. Dem Käufer, der ja hier der Schuldner und Sicherheitstellende ist, wurde die Sache zuweilen bis zur Bezahlung des Preises pachtweise überlassen (l. 20, §. 2, l. 21, D. XIX, 2), zuweilen precario (l. 20, D. 43, 26).[122])

2) Eine ganz verschiedene Bewandtniß hat es mit dem anderen gewöhnlich (so auch von Exner, S. 333 fg.) hergestellten Fall. Wenn Jemand in der irrigen Voraussetzung einer Schuld an Einen leistet, welcher sowohl die Absicht des Tradenten (seinen animus solvendi) als seinen Irrtum kennt (d. h. wol weiß, daß ihm der Andere nichts schuldig sei) und gleichwol die Leistung entgegennimmt, so macht sich der Letztere durch das Nehmen eines furtum schuldig und wird nicht Eigentümer des Empfangenen. Siehe namentlich l. 18 D. de cond. furt. 13, 1 und l. 43, pr. D. de furt. 47, 2.

Vom Standpunkt Ulpian's, von dem einige der einschlägigen Stellen herrühren, versteht sich die Nullität der Tradition hier schon deshalb von selbst, weil der Eine animo solvendi gibt, der Andere nicht mit dem correspondirenden Willen nimmt. Man kann sich die solutio als ein Umsatzgeschäft denken: der Empfänger verliert einen positiven Vermögensbestandteil, erhält aber dafür ein Aequivalent; der Zahlende entäußert sich eines positiven Wertes, wird aber dafür eines negativen Vermögensbestandteils ledig. Es hat also bei einer wahren solutio jeder der beiden Teile Bewußtsein und Absicht, einen Vorteil zu gewähren und einen zu erlangen. In unserem Falle aber ist diese Absicht auf Seiten des Empfängers nicht vorhanden: er will nur einen einseitigen Vorteil für sich.

Aber auch von Ulpian's Standpunkt abgesehen, hätte nie bezweifelt werden sollen, daß hier kein Eigentumsübergang stattfinde. Auf diesem Punkte zeigt sich recht deutlich die schwache Seite der herr-

---

[121]) S. Puchta, Instit., II, S. 617.

[122]) Nur in diesem Zusammenhange können diese Stellen gehörig gewürdigt werden, — Stellen, welche Nissen auf Irrwege gelockt haben: s. seine „kaufrechtliche Tradition" (1869).

2) Untauglichkeit des Objectes (res extra comm.);

3) mangelnder Consens (z. B. error in objecto); [106])

4) nach österreichischem Rechte auch Zwang und Betrug (relative Nullität); [107])

5) ein Veräußerungsverbot.

Jede trad. ex iniusta causa geschieht gegen ein Veräußerungsverbot; aber nicht jede gegen ein solches Verbot geschehene Tradition ist eine traditio ex iniusta causa. So vieldeutig ist nämlich der Sinn des Satzes: „diese Veräußerung ist verboten," daß damit gar nichts juristisch präcisirt ist. Es kann damit etwas 1) von dem veräußernden Subject, oder 2) von dem veräußerten Object, oder 3) von dem Recht des Veräußernden an dem Object, endlich 4) von der causa der Veräußerung prädicirt werden.

a) Veräußerung von Seite des Cridars ist verboten und den Gläubigern gegenüber nichtig. Grund: weil dem Veräußerer die Disposition über sein dermaliges Vermögen entzogen ist. Es läßt sich dieser Fall mit dem Nichtigkeitsgrund unter 1) vergleichen. [108])

b) Das Verbot gründet sich auf einen Zustand, in welchem sich das Object befindet. Man denke an das römische Verbot der Veräußerung einer res litigiosa. Dieser Fall verhält sich zu dem Nichtigkeitsgrund 2) genau so, wie der vorige Fall zu dem Nichtigkeitsgrund 1). [109])

---

[106]) Vgl. Exner, S. 270 fg.

[107]) Vgl. Unger, II, §§. 80, 81, Exner, S. 285—287.

[108]) Daß aber die Veräußerung von Seite eines Cridars doch etwas anderes ist, als z. B. die von Seite eines Unmündigen, zeigt sich hierin: war der Erwerber in bona fide, so ist das der Veräußerung etwa zu Grunde liegende obligatorische Geschäft keineswegs nichtig. Vielmehr kann z. B. der Käufer auf Schadenersatz klagen, wenn der Cridar nach Durchführung des Concurses zu Vermögen käme.

[109]) Man könnte geneigt sein, das Verhältniß dahin zu bestimmen: „wie eine Eigenschaft zu einem vorübergehenden Zustand." Indeß sind auch die Eigenschaften: unmündig, minderjährig (oft auch die: „geisteskrank") vorübergehende; und andererseits ist selbst der kurzdauernde Zustand der Trunkenheit ein mit dem des Cridars nicht vergleichbarer. Der Unterschied ist vielmehr dieser: dort (1) eine in dem Subject steckende Eigenschaft, hier ein Verhältniß (Crida), in welchem das Subject steckt. Und ebenso ist die Litigiosität nicht eine inhärente rechtliche Qualität, sondern ein Verhältniß, in dem die Sache befangen ist.

meint, wenn Donellus, lib. IV, c. XVI, §. 9, a. E. (Nürnbg. Ausg., II, p. 389) (cf. eod. c. XVIII, §§. 4, 5) ſagt: Eigentum gehe hier ſchon deshalb nicht über, weil der fur gar nicht „dominii nanciscendi voluntatem“ hat. Vgl. auch Scheurl, Beitr., I, S. 214 fg.: „Wer eine Sache von mir kauft, mit der Meinung, ich ſei nicht Eigentümer derſelben, kann nicht den Willen haben, unmittelbar Eigentum daran zu erwerben, ſondern bloßen Beſitz.“ [123]) Da auch diejenigen Schriftſteller, welche in obigem Falle Eigentumserwerb ſtatuiren, das Anſtößige eines ſolchen Erwerbes durch Entwendung ſich nicht verhehlen können, ſuchen ſie ſich verſchiedentlich zu helfen: Francke argumentirt ſo: da mit Willen des Trabenten Eigentum übergeht, ſo iſt der Empfänger kein fur; Strempel (S. 31—34), der jenem beiſtimmt, nuancirt etwas den Gedanken, ſo daß bei jenem Schriftſteller mehr betont zu ſein ſcheint: „Eigentumsübergang, alſo unmöglich furtum,“ bei dieſem: „kein furtum, um ſo unbedenklicher alſo Eigentumsübergang.“ Aber es iſt

---

[123]) Man darf ſich durch l. 9, §. 4, D. XXII, 6 (Paul.) nicht irre machen laſſen. „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet se a non domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.“ Dieſer Fall iſt von dem unſeren ganz verſchieden: hier Harmonie der Intentionen von Käufer und Verkäufer, dort feindlicher Gegenſatz des Empfängers gegen den Geber; hier eine incorrecte Geſinnung, die aber gegen einen unbekannten Dritten ſich vergeht, dort eine Schlechtigkeit, die den Geber überliſtet und ſchädigt. — Gleichwol iſt auch dieſe Entſcheidung mit Recht als abnorm bezeichnet worden. Scheurl a. a. O. bemerkt, daß es hier der Juriſt mit der Vertragsnatur der Tradition, mit dem Erforderniß des Conſenſes nicht ſehr genau genommen habe; Brinz (S. 1578) ſagt: hier liege ein Fall vor, „wo man Eigentum empfängt, ohne es zu wollen.“ — Uebrigens iſt es beachtenswert, daß Paulus den Gedanken „plus in re . . .“ nochmal in anderer Anwendung vorführt und diesmal als einen Gedanken des Sabinus: l. 2, §. 2, D. 41, 4: „secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem.“ . . . Auch trägt der Gedanke das Gepräge des ſabinianiſchen Realismus. Andererſeits freilich iſt nicht zu läugnen, daß auch l. 25, D. 24, 1, und l. 3, D. 41, 5 (wie Scheurl, Beitr. II, Nr 15, S. 55, 56 bemerkt) auf derſelben Erwägung zu beruhen ſcheinen. — Abermals von Paulus iſt die l. 6 D. expil. hered. 47, 19 („nihil mutat existimatio surripientis“) und wird dieſe Entſcheidung ausdrücklich der des Proculianers Neratius entgegengeſetzt.

quellenmäßig erwiesen: 1) daß wirklich ein furtum vorliege, nicht bloß, wo Jemand, sich für den Gläubiger oder dessen Stellvertreter ausgebend, das jenem wirklich Geschuldete nimmt, sondern überall, wo Jemand wissentlich ein indebitum annimmt; 2) daß kein Eigentumsübergang stattfinde, nicht allein in jenen Fällen, wo schon der error in persona ihn hindert, sondern auch in unserem Falle, wo kein solcher error obwaltet (s. Bangerow, III, §. 625, A. 1, Z. III; Exner, 334, 335; vgl. auch Windscheid, II, §. 426, N. 16, §. 427, N. 4, §. 452, N. 8, lit. d).

Mit Recht hat deshalb die herrschende Ansicht stets angenommen: der Empfänger ist fur und wird nicht Eigentümer.[124]) Diese Wahrheit aber soll man nicht (wieschon oben S. 77 bemerkt wurde) so ausdrücken: „kein Eigentumsübergang, folglich furtum," sondern so: „animus furandi, folglich kein Eigentumsübergang." An einer späteren Stelle wird gezeigt werden, daß es auch unrichtig ist, wenn Viele den eben besprochenen Fall als eine Singularität in dem Sinne auffassen, daß hier eine Ausnahme von den in der condictio ob turpem causam sich manifestirenden Principien vorliege; — daß vielmehr unser Fall von den Fällen der condictio ob turpem causam völlig verschieden ist.

Hier zunächst das Resultat: Im Falle der l. 43, pr. D. 47, 2 ist die Tradition meines Erachtens schon wegen mangelnden Consenses nichtig. Vom Standpunkt derjenigen Ansicht aber, welche auch hier noch einen Consens herausklügelt, muß die Uebergabe deshalb für nichtig erklärt werden, weil iniusta causa, d. h. iniusto animo (zwar nicht gegeben, aber) genommen wurde. Nicht deshalb, weil der Wille des Nehmenden im concreten Falle unsittlich (turpis) war, sondern deshalb, weil der Wille abstract oder generisch betrachtet, iniustus ist. Denn der animus furandi darf nicht neben dem animus solutionis vel donationis accipiendae, crediti accipiendi (se

---

[124]) S. beispielsweise (außer den schon Genannten): Joa. Faber Justit.-Comm. ad §. 40, J. II, 1 (Ausg. v. 1534, fol. 25, col. 1); Wetzell, Lex 12 Tab. rer. furt. etc. (Dissertation 1840), p. 64 sq.: „Qui sciens, debitum non esse, rem accipit, solvendae obligationis animo caret; ideoque nec solutio, nec traditio est, sed re aliena occupata furtum fit. . . ." — Bruns, das Wesen der bona fides, S. 97, N. 2. Fitting, O. Mayer ꝛc.

obligandi), transigendi etc. aufgeführt werden; der animus furandi ist überall kein tauglicher Erwerbwille.

B) Sehen wir von obigen zwei Fällen ab, so bleiben folgende hierher gehörige Fälle:

1) Der wichtigste und bekannteste Fall, der deshalb auch in allen Lehrbüchern als stereotypes und oft einziges Beispiel figurirt, ist die donatio inter virum et uxorem. Alle übrigen Erfordernisse einer gültigen Tradition können vorhanden sein, die Tradition wäre vollwirksam, wenn alia ex causa vorgenommen; da aber donandi animo tradirt wurde, ist sie nichtig. Das Verbot betrifft also den animus, die causa. Die Veräußerung ist ungültig, nicht weil sie eine Eigenthumsübertragung, sondern weil sie eine Schenkung ist. — Vindication ist auch statthaft bei dem aus einem Schenkungsversprechen zwischen Ehegatten Geleisteten. Denn während in der Regel eine solche Leistung keine donatio, sondern solutio ist (Unger, II, S. 199, N. 39), ist hier — wegen der gänzlichen Unverbindlichkeit des Versprechens — die Leistung selbst eine Schenkung.

2) Wenn ein Hausſohn ein gegen das SC. Maced. aufgenommenes Darlehen bezahlt, kann der Vater (ob auch der Sohn? l. 26, §. 9, D. 12, 6) „nummos vindicare“: l. 14, D. 12, 1 (Exner, S. 333). Als Grund der Ungültigkeit der Tradition könnte gedacht werden eine iniusta causa. Die Tradition sei ungültig, weil zum Zwecke einer solchen Solution geschehen. — M. E. aber sollte dieser Fall nicht mit den anderen zusammengestellt werden.[125]) Der animus solvendi ist weder überhaupt, noch hier ein verbotener. Der fil. fam. soll dergleichen Darlehen nicht aufnehmen; sie aber dereinst zu bezahlen aus seinem Vermögen, ist ihm nicht verwehrt: die Solution ist gültig. Nur mit dem Gelde des Vaters darf er solche Schulden nicht zahlen (vgl. Windscheid, §. 373, N. 16).

3) Wenn eine Frau contra SC. Velleianum tradirt hat, ist die Tradition ungültig. Auf den ersten Blick scheint es freilich, als ob die Frau, welche bereits tradirt hat, entweder gar nicht oder nur mit der cond. indebiti zurückfordern könnte (Witte, Bereich. Kl., S. 45). Allein man übersieht dabei, daß ja tradendo intercedirt

[125]) Vgl. auch Strempel S. 148.

gewissermaßen den ältesten Fall eines gesetzlichen Pfandrechtes vor uns haben; was um so einleuchtender ist, als in jener Zeit, in welcher dieser Rechtssatz entstand, nur das Eigentum die Functionen erfüllen konnte, die später dem Pfandrechte zufielen. Wenn dagegen bemerkt worden ist,[119]) daß Verf. damit „die Lehre von der fiducia eigentlich auf den Kopf stelle, da ja die fiducia eine Uebergabe der Sache Seitens des bisherigen Eigentümers, resp. Pfandschuldners zu Eigentum des Pfandgläubigers ist, während bei dem Kaufvertrag der Eigentumsübergang eben ausgeschlossen werden soll;" — so beruht dies offenbar auf Mißverständniß. Man muß sich nur klar machen, daß der Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigentumsübertragung nichts anderes ist, als ein Verpfändungsvertrag, bei dem der das Pfandrecht Bestellende der Erwerber des Eigentums ist (Windscheid, I, §. 230 a. E. u. N. 11; zu vgl. mit §. 212 a. E., bes. aber Note 12 ebd.). Es ist also ein vertragsmäßiger Vorbehalt des Eigentums bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld nur ein abgekürzter Vorgang, statt daß der Verkäufer dem Käufer die Sache in's Eigentum übertragen und dieser sie ihm sofort fiduciae causa zurückgeben (remancipiren . . .) würde. Ist nun ein solcher Fall analog dem vertragsmäßigen Vorbehalt eines Pfandrechtes, so ist auch jener gesetzliche Vorbehalt offenbar vergleichbar einem gesetzlichen Pfandrecht.[120]) Die spätere Anwendung jenes Rechtssatzes auf Gegenstände, bei denen eine eigentliche fiducia unmöglich war, macht natürlich auch keine Schwierigkeiten. — Ich benutze diese Gelegenheit, um noch auf eine, diese Ansicht stützende Erscheinung aufmerksam zu

---

[119]) Von Dr. Max Cohn in der Ztschft. f. Rechtswiss. und Rechtspfl. in Preußen, V. Bd., S. 273—277, in einer Kritik des vorgenannten Werkchens, der ich übrigens nachrühmen muß, daß sie sine ira et studio geschrieben ist, — kein geringes Lob heutzutage!

[120]) Cohn hat ferner eingewendet: durch den Aufsatz III (in meinen Beiträgen) werde „die Beweiskraft der These II aufgehoben," da im Aufs. III eine Erklärung desselben Satzes, der unter II histor. mit griech. R. in Zusammenhang gebracht wird, durch rechtsdogmatischen, specifisch römischrechtlichen Einfluß versucht wird." Dabei übersieht Cohn, daß der fiducia analoge Geschäfte auch dem griechischen Rechte nicht fremd sind (auch habe ich dies in jenem Aufsatz selbst, S. 66 unten, gesagt).

(Glück, 14. Bd., S. 90) — vindiciren. Die l. 3 cit. sagt dies freilich nicht ausdrücklich; die Worte „re amissa" enthalten keine Andeutung über die Rechtsmittel. Dem Pfandempfänger gegenüber hat freilich die vindicatio keine praktische Bedeutung, da dem Verpfänder die bequemere act. pignor. in personam directa zur Verfügung steht. Praktisch wichtig aber ist die vindicatio Dritten gegenüber. Die Ansicht von Strempel (S. 37 und S. 148), der die Tradition für gültig und nur eine persönliche Rückforderungsklage für statthaft hält, hat keinen inneren Grund und keinen äußeren Anhalt in den Quellen für sich, — gegen sich aber die Erwägung, daß dann das Gesetz seine Absicht, die Sache dem Verpfänder zu erhalten, sehr oft nicht erreichen würde. Gleichwol scheint derselben Ansicht auch Seuffert (Erörterungen, II, S. 103) zu sein, da er dem Schuldner nur die Befugniß zuspricht, die verpfändete Sache „jederzeit mit der condictio ob turpem vel (!) iniustam causam zurückzufordern oder auf ordentliche distractio derselben zu dringen". Auch Witte (Bereich. Kl., S. 45) gesteht nur eine condictio ex iniusta causa zu, „da die Worte: creditores enim re amissa iubemus recuperare, quod dederunt, beweisen, daß der Vertrag nicht sowol nichtig, als anfechtbar sein soll." Wenn ich Witte recht verstehe, so urgirt er das Wort „amissa"; dann ist sein Argument dieses: man könne nicht verlieren, was einem rechtlich nie gehört hat. Ist es aber gar so sinnlos, von „verlieren" zu sprechen, wenn Jemand eine Sache, die er factisch schon hatte und als sein behandelte, wieder hergeben muß? Darf man vollends ein solches Wort in einer am Eingange der vierten Periode stehenden constitutio einen „Beweis" nennen? — Ueberdies sollte nicht übersehen werden, daß der citirte Satz sich unmittelbar (mit „enim") an denjenigen anschließt, in welchem Constantin seinem Gesetze rückwirkende Kraft beilegt („cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet"). Vgl. Savigny, VIII, S. 423.

5) Das in einem (unerlaubten) Spiel Verlorene kann zurückgefordert werden. Nur dies ist in dem spärlichen Quellenmaterial bezeugt („competit repetitio", Paul. in l. 4, §. 1, D. 11, 5; „repetitio eius, quod in alea lusum est, . . . danda est": l. 4, §. 2 eod.) Auch Justinian (Cod. de aleat. III, 43) sagt nichts

schenden Ansicht: weil der Eine den Willen habe, dem Andern das Eigentum der Sache zu geben, und der Andere Herr der Sache werden will, müsse Eigentumsübergang eintreten. Diese Argumentation Francke's, Strempel's u. A. hat zwar wenig Anklang gefunden, ist aber doch die äußerste Consequenz jener unnatürlichen Behandlung des Vertragswillens, die aus ihm Elemente herausnimmt, ohne die er nicht gedacht werden kann; sie betrachtet Elemente, isolirt, für sich, selbständig, welche isolirt, für sich, selbständig nicht bestehen können. Es ist ja ein wahrer Hohn, wenn man in unserem Falle von einer Willensübereinstimmung reden will, wo doch der Wille des Nehmenden sich in einem bewußten feindlichen Gegensatz zu dem des Gebenden befindet! Der Eine will veräußern, der Andere nicht sowol erwerben, als vielmehr entwenden! Der Nehmende weiß, was der Trabent will, heuchelt, dasselbe zu wollen, will aber etwas ganz anderes. Der Eine beabsichtigt ein Rechtsgeschäft, der Andere ein Verbrechen. Es ist keine Willensübereinstimmung da, also kein Vertrag, also auch keine Uebereignung, sondern nur ein Schein derselben. Daß man so allgemein das Gegenteil lehrt, kommt daher, daß man den error in der causa mit dem error im Motiv vermengt. Das Motiv liegt außerhalb des Willens, die causa ist ein integrirender Teil des Willensinhaltes, dort ist außerwesentlicher, hier wesentlicher Irrtum. Jener erzeugt den Willen, dieser nur einen Schein des Willens, während er diesen selbst nicht aufkommen läßt. —

Aber auch aus einem anderen Grunde könnte von Eigentumserwerb des „falsus creditor" keine Rede sein. Er nimmt furandi animo. Nun kann man in sehr verschiedener Absicht (solutionis, donationis accipiendae . . . animo) eine Tradition entgegennehmen; Niemand aber kann furandi animo Eigentum erwerben. Es wäre auch ein wunderliches Recht, welches aus der Entwendung Eigentum entstehen ließe! Ich glaube, daß selbst die meisten fures noch so viel gesundes Rechtsgefühl haben, daß sie sich gar nicht einbilden, Eigentümer zu werden. In dem Bewußtsein, daß dies nicht möglich sei, geht auch ihr Wille nicht auf das Eigentum; vielmehr wollen sie sich nur der Sache bemächtigen, um sie für sich zu verwerten; ihr Wille geht nur auf factischen Gewinn, nicht auf juristischen Erwerb. Es ist deshalb nicht so uneben, als Exner (S. 335, N. 16)

6) Dasſelbe muß offenbar vom Einſatz bei einer unerlaubten Wette gelten (arg. l. 17, §. 5 a. E. D. 19, 5). Auch da eine vind., nicht etwa die praescriptio verbis actio der cit. l. 17, welche nicht von der Klage des Siegers gegen den Beſiegten handelt, ſondern von der gegen den Sequeſter, den „Unparteiiſchen", bei dem die Einſätze (bemerke den Plural „si quis . . . annulos acceperit") deponirt wurden. Wann aber eine Wette nach römiſchem Rechte erlaubt, wann unerlaubt war, iſt nicht hier zu erörtern.

7) Transactionen gewiſſer Art ſind verboten: ſ. l. 8, §. 22 fg., D. II, 15; l. 23, §. 2, D. 12, 6.[128]) Wird in ſolchem Falle Geld gegeben, ſo wird es teils „in praeterita alimenta" aufgerechnet, teils condicirt werden. Wäre in ſolchem Falle transigendi animo eine Sache trabirt worden (verſchieden von der trad. solvendi causa aus einem transigendi animo geſchloſſenen oblig. Vertrag), ſo wäre das eine trad. ex iniusta causa; transigendi animo ſoll man ſolchenfalls eine Sache nicht annehmen, erwerben dürfen. Jemand hätte z. B. auf einen wertvollen, aber beſtrittenen Alimentenanſpruch verzichtet gegen Ueberlaſſung eines kleinen, wenig werten ländlichen Beſitzes. Die Transaction iſt ungültig; der Eine behält ſeinen Alimentenanſpruch, der Andere ſeine Beſitzung. Mir ſcheint hier die Annahme einer vindicatio kaum gewagt (vgl. l. 8, §. 17 cit.: „transactio nullius

---

von den Spätgriechen auch mit ἀσφάλισμα überſetzt. — Vgl. ferner „Wette" 1) = pignus, 2) = sponsio, 3) vadi, bei Ulfila = ἀρραβών. Dann: die Bedeutungen von „ſetzen, ſatzen": eine Sache verſetzen, ins Lotto ſetzen, auf's Spiel ſetzen, Wetteinſatz, Spielſatz, Pfandſatzung, Satzpoſten (hypotheca); ähnlich das ſlaviſche „saditi;" das latein. ponere. In den ſkandinaviſchen Sprachen heißt die Wette (in der heutigen Bed.) „Vaeddemaal" und ähnl., in den altſkandin. Quellen das Pfand „Vaeth"; dies bedeutet aber auch Wetteinſatz (H. Matzen, den danske Panterets Historie (1869), §. 8 (S. 127 fg.) und Maurer's namentlich auch durch die Aufzeigung des ideellen Zuſammenhanges, lehrreiche Bemerkungen in der kritiſchen Vjſchſt., XV. Bd, S. 244—248. Vgl. Rudorff in der Ztſchft. f. geſch. R. W., XIII, S. 195 fg.

[128]) Vgl. Witte, Bereich. Kl., S. 45; Voigt, 627 fg. — Dagegen iſt nicht hierher zu ſtellen der Fall in l. 23, §. 1, D. 12, 6, wo m. Erachtens von einem „Verbot" im eigentlichen Sinne nicht zu reden iſt. Ueber dieſen Fall vgl., außer den Genannten, noch Rudorff in der Ztſchft. f. geſch. R. W., XIV. S. 334 fg.; Arndts, §. 269; Windſcheid, §. 414, N. 6.

erit momenti", ebenso §. 23), wenngleich die Quellen den Fall nicht erwähnen.

Nebenbei mögen hier noch einige Fälle erwähnt werden, teils solche, wo die causa nur in Verbindung mit anderen Momenten Bedeutung erhält, teils solche, deren Behandlung problematisch ist.

a) Donatio immodica: l. 34, Cod. VIII, 54. Der Fall ist ein singulärer. Die Tradition ist nicht schlechtweg ungültig, die vindicatio nur unter gewissen Beschränkungen zulässig (l. 34, §. 1, §. 2 cit.). Die causa donandi ist allerdings Grund der Ungültigkeit, aber nur zusammen mit der Uebermäßigkeit der Schenkung und mit der Unterlassung der Insinuation.

b) Aehnlich könnte an sich die Rückforderung der usurae supra modum gedacht werden. Doch hat dies praktisch keine Bedeutung und wird deshalb auch in den Quellen nicht erwähnt. Denn: einmal muß das Zuviel auf das noch geschuldete Capital aufgerechnet werden, dann handelt es sich hier immer um Geld,[129]) so daß selbst in den selteneren Fällen, wo es zu einer Herauszahlung kommt, die vindicatio unpraktisch ist. Aber theoretisch dürfte es richtig sein, daß das foenerandi animo (supra modum) Empfangene nicht durch die Tradition, sondern erst durch die commixtio in's Eigentum übergehe. Auch die Tradition muß wol, wegen der „usuraria pravitas", wie jedes wucherische Geschäft nach Justinianischem Rechte ungültig sein.

c) Aehnliches dürfte endlich auch von dem honorarium advocati supra modum legitimum (l. 1, §. 10 D. 50, 13; dazu Voigt, S. 626) gegolten haben.

---

[129]) Einmal sind andere als Gelddarlehen sehr selten, dann bezog sich das Zinsmaximum auf solche andere Darlehen die längste Zeit gar nicht (l. 26, §. 1, Cod. IV, 32, verb.: „licet veteribus legibus hoc erat concessum") und selbst Justinian gestattete (in der l. cit.) bis 12% zu nehmen. Vgl. Puchta, Pand. §. 229; Burchardi, II. Teil, 3. Abtlg., S. 743; Arndts, §. 209, Z. 1 („bei Geldschulden").

§. 11.

Verhältniß der Vindication zu den Condictionen.

A. Im Allgemeinen.

Seit Warnkönig den groben Widerspruch zwischen der alten Lehre von der justa causa traditionis und der Condictionenlehre so nachdrücklich betont hat, ist der Satz von der Unverträglichkeit der condictio und vindicatio ein Lieblingssatz unserer Juristen geworden. Und wie man überhaupt in der Freude, eine neue, recht einleuchtende Wahrheit zu besitzen, die Behauptung und Anwendung leicht über jene Grenze führt, wo die Wahrheit in das Gegenteil umschlägt, so verfiel man auch hier zuweilen in Uebertreibungen, die heute noch keineswegs alle abgetan sind.

In allen Tonarten ist der Satz variirt worden, die bloße Existenz von Condictionen widerlege jene alte Theorie. Ein eifriger Vertreter dieser Behauptung ist Strempel. Auf S. 36 sagt er es zweimal, daß die condictio ob turp. vel iniustum causam und ebenso die condictio sine causa „schon ihrem Namen nach zeigen, daß eine iusta causa Requisit des Eigentumsvertrages nicht ist, daß also der Eigentumsübergang auch ohne alle causa geschehen kann. Und S. 145, 146 sagt er: trotz der ungültigen obligatio könne die traditio gültig sein, dies sei auch durch l. 5, Cod. I, 14 nicht anders geworden; „denn — sonst hätte die condictio ob turpem vel iniustam causam wegfallen müssen" (!). Aehnliches bei Dernburg (a. a. O.), S. 3. Am bezeichnendsten ist aber folgender Ausspruch des letzteren Schriftstellers (S. 6): Der Satz, daß objectives Dasein der iusta causa zur Tradition nicht erforderlich ist, „trägt, wie die Neueren allgemein behaupten, das gesammte Gerüste der Condictionenlehre".

Wenn der Besten Einer solches schreibt, dann ist es wol nicht überflüssig, dagegen Widerspruch zu erheben und abermals an Tatsachen zu erinnern, die zwar allgemein bekannt sind, aber doch oft genug außer Erwägung bleiben. Einmal sollte es sich von selbst verstehen, daß es Condictionen gäbe, wenn auch alle die Traditionen, welche nach römischem Rechte gültig sind, nichtig wären, m. a. W.

werden könne, und daß bei einer bedingten Tradition die Hoffnung, die Sache doch nicht zu verlieren, gerade so vorhanden sein kann, wie bei einer Pfandbestellung. Diese Möglichkeit nun sollte man nicht bezweifeln, ob man übrigens die l. 32, §. 2 D. 16, 1, mit Brinz (S. 628) von einem solchen Fall oder mit Windscheid (Pand. II, §. 485, N. 5) von einem anderen verstehen will.

Nicht hieher dagegen gehört der Fall in l. 39, §. 1 D. VI, 1 (Ulp.). Freilich ist auch da die Tradition ungültig, aber nicht weil ex iniusta causa, sondern weil ab auctore non idoneo vorgenommen. Der Veräußerer nämlich veräußert dort kraft eines Pfandrechtes, welches nicht rechtsbeständig ist („nihil valet": Nov. 134, cap. 8). Den gleichen Fall behandelt Pomponius in der l. 32, §. 1, D. 16, 1 und begründet die Entscheidung mit den Worten: „ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor," also mit der Hinweisung auf die Abhängigkeit des Rechtes des Erwerbers von dem Rechte des Auctors.

Uebrigens greift hier überall auch noch ein anderes Moment ein. Keine der genannten causae ist an sich iniusta, sondern im ersten Falle ist das Verbot beschränkt auf ein bestimmtes Verhältniß der Parteien zu einander, in den anderen (sofern man schon den zweiten mitzählen will) auf gewisse Personenclassen (Frauen, Hauskinder). Hieraus erklärt es sich, wie so Böcking (Pandecten, II, S. 159, N. 28, 31) die Ungültigkeit der Tradition hier (im 1. und 3. Fall) auf einen Mangel der „subjectiven Fähigkeit" der Parteien, einen „Mangel in den Erfordernissen" der Tradition zurückführen kann. — Es gibt jedoch einen Fall, wo die iniusta causa als rechtshindernde Tatsache ganz rein zur Geltung kommt; gerade dieser Fall aber wird bald übersehen, bald geradezu geläugnet, — nämlich

4) die lex commissoria bei der Verpfändung. Die Tradition hat hier einen doppelten Charakter: die Sache wird unbedingt zu Pfandrecht, bedingt zu Eigentum tradirt. Vor dem Jahre 320 p. Chr. (l. 3, Cod. VIII, 35) hatte die Tradition demnach die Wirkung, daß der Empfänger sogleich ein Pfandrecht, beim Eintritt der Bedingung aber Eigentum an der Sache erwarb. Seit dem Constantinischen Gesetz aber versagte die Tradition die zweite Wirkung, und der Verpfänder konnte die Sache — nach geendigtem Pfandrechte

ist nun, wie mir scheint, zu geneigt, den ersteren Sinn darin zu finden, während es m. E. den römischen Juristen viel öfter darauf ankam, die Zulässigkeit irgend einer Rückforderungsklage zu behaupten, als ihre dingliche Natur zu bestreiten. Sie untersuchen viel häufiger die Frage: ob gefordert werden könne, als die: wie gefordert werden könne. In Zusammenhang hiemit steht es, daß sie sehr oft nur sagen „repeti potest", der Frage nach der Art der Klage damit nicht präjudicirend;[132]) denn auch den dinglichen Anspruch umfassen die Worte repetere, repetitio.[133])

B) Vindicatio gegen den fictus possessor und condictio.

Die condictio wird oft gerade deshalb eingeräumt, weil der eigentliche Gegenstand nicht mehr vorhanden ist. Das Verhältniß zur vindicatio ist hier dieses: die vindicatio setzt solchenfalls ein Verbrauchen oder Veräußern mala fide[134]) voraus, die condictio

---

Voigt (S. 135) dahin umgekehrt, daß er in der Verneinung der condictio eine Bejahung der vindicatio erblickt, indem er zu dem Satze „qui sciens indebitum solvit, non condicit" hinzudenkt „sed vindicat" (!).

[132]) Freilich wird in sehr vielen unter den geradezu unzähligen Fällen, wo sie solcher Ausdrücke sich bedienen, der Zusammenhang ergeben haben, was für eine repetitio gemeint war, gerade wie die Compilatoren durch die Einreihung unter die verschiedenen Titelrubriken zeigen, welche repetitio sie meinen. Gleichwol konnten die Fälle nicht selten sein, wo jene Unbestimmtheit zu beheben lediglich der Sachkenntniß des Lesers überlassen war. Vgl. z. B. l. 4, §. 1, D. 11, 5 („competit repetitio"); l. 23, §. 1, D. 12, 6 (wo trotz der Einreihung in diesen Titel nicht an eine cond. indeb. zu denken ist); l. 1, §. 10, D. 50, 13; l. 3, Cod. III, 43 („competentibus actionibus repetatur").

[133]) L. 43, D. 6, 1; Paul., sent. II, 14 („ipsius rei repetitio"); Gaj., II, 82. Dies kann um so weniger auffallen, als „petere, petitio" nach l. 178, §. 2, D. L, 16, sogar vorzugsweise von der dinglichen Klage gebraucht wurden. Vgl. Gaj. IV, 51; l. 6, D. 6, 1 (viermal in dieser Stelle allein) ꝛc. — Wie farblos übrigens gewöhnlich petere und repetere und ähnliche Ausdrücke sind, zeigen gerade Stellen, wo die Klagen genauer bezeichnet werden: z. B. einerseits l. 7, Cod. V, 6: „dos per condictionem repeti potest", andererseits l 23, §. 1 D. 6, 1: „in rem actione peti."

[134]) Nicht her gehört die Frage, unter welchen Voraussetzungen der mit der r. vindicatio Belangte für andere Fälle der Nichtexistenz (Verlust, Zerstörung) hafte, da hier an eine „Bereicherungsklage" gar nicht gedacht werden kann; — aber auch nicht an die condictio furtiva, als welche zwar nicht Bereicherung, aber doch Bereicherungsabsicht voraussetzt. Wol aber kann mit der r. vind.

wird gerade von Bedeutung, wo die consumtio oder Veräußerung bona fide erfolgt ist.[135]) Allerdings aber kann im ersteren Falle mit der vindicatio eine condictio concurriren, nämlich die furtiva (vgl. Witte, S. 301), und auch eine a. ad exhibendum: l. 7, §. 1, D. 13, 1 (Witte, S. 299 fg.; Windscheid, II, §. 474, Z. 3 und N. 15).[136]) Ebenso kann es sich mit den von dem bösgläubigen Besitzer consumirten Früchten verhalten (Witte, S. 302 fg.). Doch geht Witte zu weit, wenn er die „condictio der von einem m. f. poss. gezogenen Früchte" ohne Unterscheidung für „eine einfache cond. furtiva" erklärt. Dagegen spricht das ausdrückliche Zeugniß der Quellen (l. 3, Cod. IV, 9) und die einleuchtende Wahrheit, daß ohne animus furandi kein furtum. Nun ist aber nicht jeder mal. fid. poss. ein fur (man denke an mala fides superveniens!) und wird es auch nicht durch „jede Consumtion" (S. 301). Man kann conscientiam rei alienae haben und doch nicht wissen, wem man die Sache zurückzugeben habe. Die Verzehrung braucht nicht aus dolus (zur Vereitlung der vindicatio), sie kann möglicher Weise deshalb geschehen, weil sich die Sache nicht aufbewahren läßt; und diese Erwägung gilt namentlich für die „fructus consumti".[137])

C) Vindicatio[138]) und condictio ob turpem causam.

Die meisten derjenigen Schriftsteller, welche sich überhaupt die Frage nach dem Verhältniß dieser Klagen gestellt haben, sind geneigt, sie dahin zu beantworten, daß die condictio ob turpem (und ob iniustam) causam die Regel, die vindicatio der veräußerten Sache

---

(in welcher hier ein Delictsanspruch steckt) Windscheid, I, §. 193, N. 8, a. E.) eine andere Delictsklage concurriren.

[135]) Beispiele bei Windscheid, II, §. 422, N. 4.

[136]) S. auch noch Seuffert, Pand., §. 152, N. 10, dazu (lit. a) aber Windscheid, §. 193, N. 8.

[137]) Die hier gerügte Nichtunterscheidung ist dieselbe, welche zu der oft vorkommenden Ausdehnung des Satzes „fur semper moram facit" und seiner Consequenzen auf alle malae fidei possessores Anlaß gegeben hat.

[138]) Natürlich ist hier nur an diejenige vind. gedacht, die trotz der Veräußerung dem Veräußerer und dessen Rechtsnachfolgern und zwar deshalb zusteht, weil die traditio ex iniusta causa geschah. Vielleicht könnten wir diesen Fall der Kürze wegen bezeichnen mit „vindicatio ob iniustam causam" sc. traditionis, welche zur iusta causa vindicationis wird: l. 1, §. 5 D. 21, 3).

die Ausnahme sei. Implicite ist dieser Gedanke schon in den im Eingang dieses §. citirten Aeußerungen enthalten. Wiederholt kommt Strempel auf ihn zurück und spricht ihn S. 145 direct aus. Regel sei, daß durch eine iniusta causa nur die obligatio, nicht auch die traditio ungültig werde, nur selten trete die stärkere Wirkung ein; deshalb sei die condictio die Regel, die vindicatio die Ausnahme. Aehnlich Exner, S. 331 und S. 337. Er nennt die iniustae causae „gewisse singuläre Hindernisse", „die eine ganz exceptionelle Natur haben". Selbst bei dem falsus creditor, wo doch auch E. furtum annimmt, meint er, „müßte die Tradition nach allgemeinen Grundsätzen wirksam sein" (S. 334), es liege hier „eine Ausnahme von der Regel" vor (S. 335). Bähr (Anerkennung, §. 4): „Selbst auf Grund gesetzlich mißbilligter Geschäfte überträgt die Tradition das Eigentum, wie die Lehre von der conditio ob turpem vel iniustam causam ausweist. Nur ausnahmsweise wirkt ... das Verbot ... zugleich annullirend auf den Eigentumsübergang" ... Baron behauptet in jenem Falle (fals. cred.) Wirksamkeit der Tradition, indem er bestreitet, daß hier von den „allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb des Eigentums durch Tradition" abzuweichen sei (S. 578). Vgl. S. 279, 280: „In zwei Fällen ist der Zweck durch besondere Rechtsbestimmung für nichtig erklärt, so daß das Eigentum auf den Besitzerwerber nicht übergeht; ... abgesehen hievon geht das Eigentum auf den Besitzerwerber selbst dann über, wenn der Zweck ein rechtswidriger ist, z. B. auf den gedungenen Mörder das Eigentum des Lohnes." Auch Fitting, S. 400—403, meint: die Ungültigkeit der Tradition aus einer verbotenen Schenkung sei etwas ganz Singuläres, da die Mängel der „wirtschaftlichen" Seite des Geschäftes gar nicht auf die andere, „die juristische" Seite des Geschäftes hinüberzugreifen brauchen. — Es hängt auch dies damit zusammen, daß man sich die causa ganz allgemein als etwas Objectives, „ein Geschäft" vorstellt. Würde man statt an die Schenkung ꝛc. vielmehr an die Schenkungsabsicht ꝛc. gedacht, die causa als ein Moment in dem Traditionswillen aufgefaßt haben, so würde man wahrscheinlich auch zu der eben vorgeführten Ansicht nicht gekommen sein. — Ist es demnach nicht zu billigen, wenn man den Fall des gesetzlich reprobirten Zweckes unter die „Mängel der causa im objectiven

erit momenti", ebenso §. 23), wenngleich die Quellen den Fall nicht erwähnen.

Nebenbei mögen hier noch einige Fälle erwähnt werden, teils solche, wo die causa nur in Verbindung mit anderen Momenten Bedeutung erhält, teils solche, deren Behandlung problematisch ist.

a) Donatio immodica: l. 34, Cod. VIII, 54. Der Fall ist ein singulärer. Die Tradition ist nicht schlechtweg ungültig, die vindicatio nur unter gewissen Beschränkungen zulässig (l. 34, §. 1, §. 2 cit.). Die causa donandi ist allerdings Grund der Ungültigkeit, aber nur zusammen mit der Uebermäßigkeit der Schenkung und mit der Unterlassung der Insinuation.

b) Aehnlich könnte an sich die Rückforderung der usurae supra modum gedacht werden. Doch hat dies praktisch keine Bedeutung und wird deshalb auch in den Quellen nicht erwähnt. Denn: einmal muß das Zuviel auf das noch geschuldete Capital aufgerechnet werden, dann handelt es sich hier immer um Geld,[129]) so daß selbst in den selteneren Fällen, wo es zu einer Herauszahlung kommt, die vindicatio unpraktisch ist. Aber theoretisch dürfte es richtig sein, daß das foenerandi animo (supra modum) Empfangene nicht durch die Tradition, sondern erst durch die commixtio in's Eigentum übergehe. Auch die Tradition muß wol, wegen der „usuraria pravitas", wie jedes wucherische Geschäft nach Justinianischem Rechte ungültig sein.

c) Aehnliches dürfte endlich auch von dem honorarium advocati supra modum legitimum (l. 1, §. 10 D. 50, 13; dazu Voigt, S. 626) gegolten haben.

---

[129]) Einmal sind andere als Geldbarlehen sehr selten, dann bezog sich das Zinsmaximum auf solche andere Darlehen die längste Zeit gar nicht (l. 26, §. 1, Cod. IV, 32, verb.: „licet veteribus legibus hoc erat concessum") und selbst Justinian gestattete (in der l. cit.) bis 12% zu nehmen. Vgl. Puchta, Pand. §. 229; Burchardi, II. Teil, 3. Abtlg., S. 743; Arndts, §. 209, Z. 1 („bei Geldschulden").

wenn wirksame Vindicationen von Seiten des Veräußerers ebenso häufig wären, als sie in Wirklichkeit selten sind. Denn die Condictionen reichen in Gebiete, wo nach einem Verhältniß derselben zu Vindicationen gar nicht die Frage sein kann. Bekanntlich kann man „ipsam obligationem condicere“ (l. 1 pr., l. 3 D. 12, 7). Ein Ehegatte führt absichtlich (donandi animo) einen Proceß gegen den anderen Gatten so, daß er mit seinem an sich wolbegründeten Anspruch abgewiesen wird: l. 5, §. 7 D. 24, 1 (Savigny, IV, 130, 584). Condicirung eines Schuldscheins, einer Quittung; condictio possessionis etc. — Dann: so wahr es ist, daß (abgesehen von der cond. furtiva) keine condictio gegeben wird, wo eine vindicatio im concreten Falle noch möglich ist, so unrichtig wäre die Behauptung: ‚wo in abstracto die vindicatio für zulässig erklärt wird, wird damit die condictio negirt und umgekehrt.‘ Gewiß ist bei schenkungsweiser Tradition eines Gatten an den andern vindicatio begründet, re consumta aber eine condictio (l. 5, §. 18 D. 24, 1). Vgl. l. 18, §. 1 D. 12, 1. Die Condiction findet gerade sehr oft deshalb statt, weil die vindicatio unmöglich geworden ist; [130]) so wenn Jemand eine fremde Sache verbraucht hat, sei es, daß dieselbe ohne Zutun in seine Gewalt kam (Windscheid, §. 422, 2) b), sei es, daß ihm die Sache vom Eigentümer tradirt, die Tradition aber aus irgend einem Grunde ungültig war (Windscheid, §. 423). — Endlich: der bei weitem häufigste Leistungsgegenstand ist Geld, bei welchem aus bekannten Gründen die vindicatio kaum eine praktische Erheblichkeit hat. — Wenn es daher in den Quellen heißt: „eine condictio ist in solchem Falle statthaft,“ so kann damit allerdings die dingliche Klage für unstatthaft erklärt sein; jedenfalls aber wird damit die Statthaftigkeit der Rückforderung behauptet.[131]) Man

---

[130]) Nicht irre machen darf die l. 14, D. XII, 1, wo allerdings die vindicatio für zulässig, die condictio aber nach geschehener consumtio für unzulässig erklärt wird. S. die verschiedenen Meinungen über diese schwierige Stelle bei Glück, XIV, S. 317—320; Brinz, S. 419; Voigt, S. 755, 756; Witte, S. 296 fg; Windscheid, in der kritischen Zschft, I, S. 118, und Pandekten, II, §. 373, N. 16.

[131]) M. a. W.: die Bejahung der condictio enthält stets die Bejahung eines Rückforderungsrechtes, manchmal die Verneinung der vindicatio. Dies hat

ist nun, wie mir scheint, zu geneigt, den ersteren Sinn
den, während es m. E. den römischen Juristen viel
ankam, die Zulässigkeit irgend einer Rückforderungsklag
ten, als ihre dingliche Natur zu bestreiten. Sie unt
häufiger die Frage: ob gefordert werden könne, als die
dert werden könne. In Zusammenhang hiemit steht es,
oft nur sagen „repeti potest", der Frage nach der A
damit nicht präjudicirend;[132]) denn auch den dinglich
umfassen die Worte repetere, repetitio.[133])

B) Vindicatio gegen den fictus possessor und

Die condictio wird oft gerade deshalb eingeräu
eigentliche Gegenstand nicht mehr vorhanden ist. Da
zur vindicatio ist hier dieses: die vindicatio setzt sol
Verbrauchen oder Veräußern mala fide[134]) voraus, d

Voigt (S. 135) dahin umgekehrt, daß er in der Verneinung der
Bejahung der vindicatio erblickt, indem er zu dem Satze „qui scie
solvit, non condicit" hinzudenkt „sed vindicat" (!).

[132]) Freilich wird in sehr vielen unter den geradezu unzählige
sie solcher Ausdrücke sich bedienen, der Zusammenhang ergeben ha
eine repetitio gemeint war, gerade wie die Compilatoren durch
unter die verschiedenen Titelrubriken zeigen, welche repetitio sie m
wol konnten die Fälle nicht selten sein, wo jene Unbestimmtheit zu
lich der Sachkenntniß des Lesers überlassen war. Vgl. z. B. l. 4,
(„competit repetitio"); l. 23, §. 1, D. 12, 6 (wo trotz der Einrei
Titel nicht an eine cond. indeb. zu denken ist); l. 1, §. 10, D.
Cod. III, 43 („competentibus actionibus repetatur").

[133]) L. 43, D. 6, 1; Paul., sent. II, 14 („ipsius rei repe
II, 82. Dies kann um so weniger auffallen, als „petere, petiti
§. 2, D. L, 16, sogar vorzugsweise von der dinglichen Klage geb
Vgl. Gaj. IV, 51; l. 6, D. 6, 1 (viermal in dieser Stelle allei
farblos übrigens gewöhnlich petere und repetere und ähnliche
zeigen gerade Stellen, wo die Klagen genauer bezeichnet werden: z.
l. 7, Cod. V, 6: „dos per condictionem repeti potest
l 23, §. 1 D. 6, 1: „in rem actione peti."

[134]) Nicht her gehört die Frage, unter welchen Voraussetzung
r. vindicatio Belangte für andere Fälle der Nichtexistenz (Verlu
hafte, da hier an eine „Bereicherungsklage" gar nicht gedacht w
aber auch nicht an die condictio furtiva, als welche zwar nicht B
aber doch Bereicherungsabsicht voraussetzt. Wol aber kann mi

wird gerade von Bedeutung, wo die consumtio oder Veräußerung bona fide erfolgt ist.[135]) Allerdings aber kann im ersteren Falle mit der vindicatio eine condictio concurriren, nämlich die furtiva (vgl. Witte, S. 301), und auch eine a. ad exhibendum: l. 7, §. 1, D. 13, 1 (Witte, S. 299 fg.; Windscheid, II, §. 474, Z. 3 und N. 15).[136]) Ebenso kann es sich mit den von dem bösgläubigen Besitzer consumirten Früchten verhalten (Witte, S. 302 fg.). Doch geht Witte zu weit, wenn er die „condictio der von einem m. f. poss. gezogenen Früchte" ohne Unterscheidung für „eine einfache cond. furtiva" erklärt. Dagegen spricht das ausdrückliche Zeugniß der Quellen (l. 3, Cod. IV, 9) und die einleuchtende Wahrheit, daß ohne animus furandi kein furtum. Nun ist aber nicht jeder mal. fid. poss. ein fur (man denke an mala fides superveniens!) und wird es auch nicht durch „jede Consumtion" (S. 301). Man kann conscientiam rei alienae haben und doch nicht wissen, wem man die Sache zurückzugeben habe. Die Verzehrung braucht nicht aus dolus (zur Vereitlung der vindicatio), sie kann möglicher Weise deshalb geschehen, weil sich die Sache nicht aufbewahren läßt; und diese Erwägung gilt namentlich für die „fructus consumti".[137])

C) Vindicatio[138]) und condictio ob turpem causam.

Die meisten derjenigen Schriftsteller, welche sich überhaupt die Frage nach dem Verhältniß dieser Klagen gestellt haben, sind geneigt, sie dahin zu beantworten, daß die condictio ob turpem (und ob iniustam) causam die Regel, die vindicatio der veräußerten Sache

---

(in welcher hier ein Delictsanspruch steckt) Windscheid, I, §. 193, N. 8, a. E.) eine andere Delictsklage concurriren.

[135]) Beispiele bei Windscheid, II, §. 422, N. 4.

[136]) S. auch noch Seuffert, Pand., §. 152, N. 10, dazu (lit. a) aber Windscheid, §. 193, N. 8.

[137]) Die hier gerügte Nichtunterscheidung ist dieselbe, welche zu der oft vorkommenden Ausdehnung des Satzes „fur semper moram facit" und seiner Consequenzen auf alle malae fidei possessores Anlaß gegeben hat.

[138]) Natürlich ist hier nur an diejenige vind. gedacht, die trotz der Veräußerung dem Veräußerer und dessen Rechtsnachfolgern und zwar deshalb zusteht, weil die traditio ex iniusta causa geschah. Vielleicht könnten wir diesen Fall der Kürze wegen bezeichnen mit „vindicatio ob iniustam causam" sc. traditionis, welche zur iusta causa vindicationis wird: l. 1, §. 5 D. 21, 3).

die Ausnahme sei. Implicite ist dieser Gedanke sch
Eingang dieses §. citirten Aeußerungen enthalten. Wied
Strempel auf ihn zurück und spricht ihn S. 145 direct
sei, daß durch eine iniusta causa nur die obligatio, n
traditio ungültig werde, nur selten trete die stärkere R
deshalb sei die condictio die Regel, die vindicatio di
Aehnlich Exner, S. 331 und S. 337. Er nennt die iniu
„gewisse singuläre Hindernisse", „die eine ganz exceptic
haben". Selbst bei dem falsus creditor, wo doch auch
annimmt, meint er, „müßte die Tradition nach allgemei
sätzen wirksam sein" (S. 334), es liege hier „eine Au
der Regel" vor (S. 335). Bähr (Anerkennung, §. 4):
Grund gesetzlich mißbilligter Geschäfte überträgt die T
Eigentum, wie die Lehre von der conditio ob t
iniustam causam ausweist. Nur ausnahmsweis
das Verbot ... zugleich annullirend auf den Eigentumsüb
Baron behauptet in jenem Falle (fals. cred.) Wirksamk
dition, indem er bestreitet, daß hier von den „allgemeinen
über den Erwerb des Eigentums durch Tradition" ab
(S. 578). Vgl. S. 279, 280: „In zwei Fällen ist der
besondere Rechtsbestimmung für nichtig erklärt, so daß d
auf den Besitzerwerber nicht übergeht; ... abgesehen
das Eigentum auf den Besitzerwerber selbst dann übe
Zweck ein rechtswidriger ist, z. B. auf den gedungenen
Eigentum des Lohnes." Auch Fitting, S. 400—403
Ungültigkeit der Tradition aus einer verbotenen Schenku
ganz Singuläres, da die Mängel der „wirtschaftliche
Geschäftes gar nicht auf die andere, „die juristische" G
schäftes hinüberzugreifen brauchen. — Es hängt auch di
sammen, daß man sich die causa ganz allgemein als etwa
„ein Geschäft" vorstellt. Würde man statt an die Schen
mehr an die Schenkungsabsicht ꝛc. gedacht, die causa
ment in dem Traditionswillen aufgefaßt haben, so wür
scheinlich auch zu der eben vorgeführten Ansicht nicht gekor
Ist es demnach nicht zu billigen, wenn man den Fall
reprobirten Zweckes unter die „Mängel der causa in

Sinne" stellt (Bähr, §. 3, a. E.), während gerade das entscheidend ist, daß hier zugleich die causa im subjectiven Sinne (der animus) mangelhaft erscheint; so ist es vollends verfehlt, wenn Manche — verführt durch die „causa praecedens" — von einem Mangel des obligatorischen Geschäftes sprechen, welches nur kraft ganz singulärer positiver Rechtssätze auch den sachenrechtlichen Act in Mitleidenschaft ziehe. Es ist dies eine Vorstellung, die nicht wenig zur Festigung des Vorurteils beigetragen hat, daß es sich hier nur um singuläre Ausnahmen, nicht um einen allgemeineren Rechtsgedanken handeln könne.[139])

Was nun speciell die condictio ob turpem causam und die vindicatio (ob iniustam causam) betrifft, so verhalten sie sich nicht wie Regel und Ausnahme, sondern haben ganz auseinanderliegende Gebiete. Bei den meisten der oben besprochenen Fälle liegt der Gedanke an eine cond. ob turp. c. sehr fern. Bei dem Falle des falsus creditor concurrirt eine cond. furtiva mit der vindicatio. Aber selbst dieser Fall, wo allerdings eine turpitudo accipientis vorliegt, ist wesentlich verschieden von den Fällen der cond. ob turp. c., und die vindicatio hier keine Singularität. Dort wo eine cond. ob turp. c. gegeben (bez. wegen turpitudo beider Teile versagt) wird, liegt in der Veräußerung, bezüglich dem Annehmen an sich nichts Rechtswidriges; nur durch den Zusammenhang mit außerhalb desselben liegenden Momenten erscheint das accipere als eine turpitudo. So z. B. ist in dem von Baron erwähnten Beispiel der (vollführte oder beabsichtigte) Mord das Verbrecherische, nicht das Geldnehmen als solches. Im Falle der l. 2, pr. D. 12, 5 (dedi tibi, ne furtum facias) liegt weder in dem Annehmen von Geld, noch in dem Nichtstehlen ein Delict, wol aber liegt darin, daß man sich die Unterlassung eines Delictes bezahlen läßt, eine turpitudo. In unserem Falle dagegen enthält die Scheintradition selbst das Delict. Zur

[139]) Vgl. Sintenis (3. Aufl.) I, 491, Text und N. 10; Strempel, S. 150 mit S. 145. St. hat zwar gegen die Identificirung von causa und obligatio sich ausgesprochen, verfällt selbst aber wiederholt in sie, so auch S. 39; in l. 36, D. 41, 1, ist ja gar nicht von einem Schenkungsversprechen die Rede! — Aus der gleichen Verwechslung erklärt sich Puchta's Bemerkung in den Vorlesungen, I. Bd., Beil. XV a. E.

Tradition, als zu einem Vertrage, müſſen zwei Partei
wirken: es gehört dazu das Geben und ein beſtimmter
einen, das Nehmen und ein correſpondirender Wille vor
Seite. Fehlt eines dieſer Momente, ſo iſt keine perfe
da. In unſerem Falle nun enthält die Mitwirkung des
zu der Tradition den vollen (ſubjectiven wie objectiven
eines Verbrechens (des furtum): der Act des Nehmens i
tio, der Wille iſt animus furandi. Nicht eine Beziehur
ein exoteriſches Moment läßt hier den Vorgang als wid
ſcheinen, ſondern der Vorgang ſelbſt iſt das Delic
Empfängers Anteil an der Tradition enthält die Mom
tum, und zwar alle Momente, ſo daß durch dieſen
Tradition ſelbſt ſchon das Delict geſetzt, vollbracht wird.

Noch aber könnte man einwenden, daß ſtrafbare
immerhin civiliſtiſch gültig ſein können; z. B. der zu
einer ſchon verkauften, aber noch nicht tradirten Sache, d
der lex Cornelia de falsis beſtraft wird, gleichwol aber
übergang auf den zweiten Käufer zur Folge haben kann;
beſtochene Beamte werde an ſich Eigentümer des Empfan
gleich es hinterdrein confiscirt wird. Aber auch dieſe F
den unſeren ſehr verſchieden: Zunächſt kann der Fall ſo
die Beſtechung als donatio erſcheint; dann iſt der Unte
greiflich: nicht der animus (der nächſte Zweck), nur das
entferntere Zweck) iſt widerrechtlich. Etwas anders ver
wo die Beſtechung unverhüllt, als Innominatcontract,
Aber auch hier enthält nicht die Tradition ſelbſt das Delict;
erſt durch Beziehung auf ein anderes Moment einen r
Charakter. Es iſt an ſich kein widerrechtlicher Vorgang,
eines Innominatcontractes zu tradiren und anzunehmen;
dividuelle Beſchaffenheit dieſes Innominatcontractes be
turpitudo. Was vollends den früher erwähnten Fall be
kaum eine Aehnlichkeit vorhanden: dort iſt ein civiliſtiſch
untadeliges Geſchäft vorhanden, eine gültige emtio vendi
durch Verbindung mit zufälligen, die civiliſtiſche Natur
halt des Geſchäftes gar nicht berührenden Umſtänden, zu
Seiten des Verkäufers wird. — Endlich aber iſt ein du

Unterschied zu beachten: denkt man in den erwähnten Fällen die strafbaren Momente weg, so bleibt ein civilistisches Geschäft übrig: verkaufsweise Tradition, schenkungsweise Tradition u. s. w.; nimmt man aber in unserem Falle die strafbaren Momente weg, so bleibt nichts übrig, als das einseitige Tradiren-wollen des Gebers. Ein solches Wegdenken bedeutet hier nämlich ein Wegdenken der Mitwirkung des Nehmers an dem Traditionsact; denn seine contrectatio weggedacht, haben wir kein Nehmen; und ebenso ist außer seinem animus furandi ein anderer animus (a. solutionis, donationis . . . accipiendae) gar nicht vorhanden. Dort steht neben dem Delict ein Rechtsgeschäft, hier ist von Seiten des Nehmers nichts intendirt und nichts gesetzt, als — eine Entwendung.

Daß mit der bloßen Annahme einer Singularität, einer positiven Ausnahme nicht das Richtige getroffen sei, hat Vangerow gefühlt. Das Princip aber, welches er im §. 625, Anm. 1, Z. III (und §. 605, Anm. 1, Z. II, 3) aufstellt: kein Eigentum gehe über, „wenn der Empfänger die Nichtigkeit der causa, aus welcher die Tradition erfolgt, gekannt hat", ist schon deshalb unbefriedigend, weil dabei die causa im objectiven Sinne genommen ist, wie noch deutlicher die Formulirung in §. 605 zeigt („wenn die Tradition in Folge eines nichtigen Geschäftes geschieht, dessen Nichtigkeit dem Empfänger bekannt ist"); und wird dieses Princip durch die ganz unzutreffenden Allegate in §. 605 nicht entfernt bewiesen.

Wenn wir nun die anderen (eigentlichen) Fälle [140]) der iniustae causae betrachten, so werden wir finden, daß bei den meisten keine turpitudo obwaltet, bei den anderen aber irrelevant ist. Während bei der condictio ob turpem c. Alles auf die Beschaffenheit des concreten Falles, die Gesinnung des Empfängers ankommt, kommt bei der vindicatio ob iniustam c. hierauf gar nichts an. Man vergleiche folgende Fälle: 1) Schenkung unter Ehegatten, keine turpitudo, und doch kein Eigentumsübergang. 2) Bestellung einer dos bei einer

[140]) Der Unterschied dieser Fälle von dem eben besprochenen, m. Erachtens gar nicht hergehörigen Falle (s. oben S. 114) besteht darin, daß dort nur der animus accipientis ein rechtswidriger ist, während in den eigentlichen Fällen die Gesetzwidrigkeit auf Seiten des Gebenden wie des Nehmenden liegt. In den letzteren Fällen ist eben Consens, dort aber Dissens vorhanden.

(vom Rechte als nichtig behandelte) Verheiratung zwi
Verwandten, welche unter Umſtänden herben ſittlichen T
fordern kann; dennoch gehen die dotis nomine gegeb
in des Empfängers Eigentum über (l. 5, D. 12, 7). G
nämlich die Parteien hier gehandelt haben mögen, die
iſt die „iustissima causa“ der Uebereignung. Es entſcheidet
hier die generiſche Beſchaffenheit der causa im techniſ
Iſt dieſe erlaubt, ſo iſt die Tradition gültig, iſt ſie uner
die Tradition ungültig. Auf die Sittlichkeit oder Unſit
einzelnen Falles kommt gar nichts an; ebenſowenig da
Parteien (und namentlich die Empfänger) Kenntniß davon
ſie einem Verbotgeſetze zuwiderhandeln, oder ob ſie dies
— und ſchon deshalb kann Bangerow's Bemerkung
(ſ. oben) nicht beigeſtimmt werden.

Die turpitudo, derenwegen condictio gegeben wird,
Motiven, oder auch dem concreten Inhalt des, ſeiner G
ſtatthaften Vertrages. Die Unerlaubtheit der Tradition,
vindicatio Platz greift, liegt in dem nächſten Zwecke,
ſchäft ſein juriſtiſches Gepräge gibt. Die Schenkung an
iſt turpis, weil eine unlautere Abſicht im Hintergrund
Schenkung an den Gatten iſt iniusta, weil ſie Schenkun
alſo entſcheidet die individuelle, hier die generelle A
des Geſchäftes. Hier enthält der Traditionswille die
tretung, dort bezielt die Tradition etwas Unſittliches od
tes (dann wird aber in der Regel auch die condictio
oder umgekehrt etwas ſo ſehr Gebotenes,[141]) daß es ein
accipientis iſt, ſich dafür bezahlen zu laſſen, ſei es d
einer poſitiven Pflicht (l. 2, §. 1, l. 9, pr. D. 12, 5) o
negativen (l. 2, pr. D. cit.). Gerade dieſe letzteren Fälle nu
der traditio ex iniusta causa wahrhaftig nicht die mi
lichkeit! —

[141]) Man ſollte alſo nicht, wie ſo oft geſchieht, ohne weite
„ſchändlichen oder ungerechten Zweck“ (Glück, XIII, S. 52), „unmor
(Witte, Ver. Kl., 42) reden, oder gar ſo ſagen: „was zu einem
zuführenden ſchändlichen Zweck gegeben worden“ (Glück, S.
etwas Rechtswidriges geſchehen ſoll“ (Seuffert, Pand., II, S

D) Was aber die condictio ob iniustam causam betrifft, so bildet diese keinen Gegensatz, sondern ein Complement zu der vindicatio ob iniust. causam. Ist diese nämlich (durch consumtio, commixtio . . .) factisch unmöglich geworden, so tritt jene an ihre Stelle.

L. 5 §. 18 D. 24, 1 (Ulp.): In donationibus iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem extet res vindicetur, si consumta sit condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est; l. 6 (Gaj.) quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa (Savigny, Syst. IV, 176, 177) aut ex iusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet.

L. 36 pr. eod. (Paul.): Si donatae res extant, etiam vindicari poterunt . . .

L. 33, §. 1 eod. (Ulp.): . . . poterit vindicare id, quod extat, . . . poterit et condicere, in quantum locupletior factus est.

L. un. §. 5, Cod. de rei uxor. a. V, 13 (Justinian.): donatori (est) facultas, per actionem in rem . . . vel per condictionem suo iuri mederi.

Ebenso müßte man wol in dem Falle der l. 32 §. 2 D. 16, 1. (s. hier §. 10, B, Z. 3) der Frau statt der vind. eine cond. ob iniust. caus. geben, wenn der creditor die Sache verbraucht, oder verkauft hätte und sie wäre beim Käufer untergegangen.

Daß in den Fällen, die hier §. 10, B, Z. 4—7 und lit. a—c behandelt sind, unter der obigen Voraussetzung eine cond. ob iniust. caus. stattfinde, steht ohnehin außer aller Frage.

Man kann also sagen: Die Fälle der vindic. ob iniustam causam sind — mutatis mutandis — zugleich Fälle der condic. ob iniust. caus. Aber das Umgekehrte gilt nicht. Denn es gibt mehr Fälle der letzteren, als der ersteren. Aber auch in diesen anderen Fällen wird meist der condictio eine vindicatio zur Seite gehen, wenn gleich keine vindicatio ob iniust. caus. Man denke namentlich an den mala fide possessor, der die Sache nicht vom Eigentümer tradirt erhalten hat. L. 3, Cod. de condictione . . . sine causa vel iniusta causa IV, 9 (Dioclet.): „Mala fide

possidens, de proprietate victus, extantibus dicatione, consumtis vero condictic eorum restitutioni parere compellitur.“ Man Traditionen, welche zwar ungültig ſind, aber nicht w z. B. Veräußerung von praedia einer Bevormundete l. 15, l. 16 Cod. V, 71: „dominium eius sive . dere non potuit, sed vindicationem eius et his non existentibus condictionem competere Tradition iſt hier nicht ex iniusta causa erfolgt trad. iſt eine iniusta causa (ein geſetzlich nicht an der Bereicherung. Es iſt dieſer Parallelismus i iniustam causam und der vindicatio um ſo bemerken bei der condictio ob turpem causam keine Spur

E) Verhältniß der condictio ob turpe condictio ob iniustam causam.[142])

Es iſt bekanntlich beſtritten, ob da überhaupt v denen Klagen oder nur von zwei verſchiedenen Nam dieſelbe Klage die Rede iſt. Vielfach wurde[143]) un mer[144]) das letztere behauptet. Neuerdings wird d von H. Witte mit der Variation reproducirt, daß d turpem causam eine „Unterart“ der condictio ob i ſei.[145]) Es ſind aber dieſe Anſichten eben ſo unrich nahme, erſt Juſtinian habe dieſe Unterſcheidung auf S. 583) unerweislich. Mit Recht nimmt die herrſch an, daß zwiſchen der condictio ob turpem causam u ob iniustam causam ein ſachlicher Unterſchied obwalt auch die Anſichten über dieſen Unterſchied ſind.[147]) Punkte zu beachten:

[142]) Vgl. Glück, XIII, S. 50 fg.; Reinhard, zur L. v. causa, im Arch. f. civ. Prax., 29. Bd. (1846), S. 233—252 §. 627.

[143]) S. Glück, N. 7.

[144]) Beiſpiele haben wir ſchon oben kennen gelernt.

[145]) Bereicherungsklagen (1859), S. 42, 43; Schletter' S. 22, col. 2, S. 23, col. 1.

[146]) Vgl. Glück S. 51, N. 8.

[147]) Glück, S. 51.

1) Bei der condictio ob turpem causam handelt es sich um ein datum ob causam („rem“: l. 1, pr. D. 12, 5), bei der condictio ob iniust. caus. nicht. Die condictio ob turpem caus. ist also verwandt mit der cond. c. d. c. non secuta, wenngleich zwischen beiden wieder der große Unterschied stattfindet, daß die condictio ob turpem causam Platz greift, die cauca mag secuta sein oder nicht. Der Grund der condictio c. d. c. non secuta ist das Ausbleiben der Voraussetzung, der Grund der condictio ob turpem causam die Beschaffenheit derselben. Der gemeinschaftliche Grund der Rückforderung ist aber doch in beiden Fällen: daß ob causam gegeben wurde; beide sind condictiones ob causam datorum. Die condictio ob iniust. caus. steht dieser Gruppe fern und grenzt vielmehr an die condictio sine causa (im engeren Sinne).[148])

2) „Ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur“ (l. 3 h. t.) (und regelmäßig ist dies der Fall, wo die causa selbst wirklich turpis ist, nicht bloß das Annehmen einer Bereicherung ob hanc causam eine turpitudo), da wird die condictio ob turpem causam versagt; der Staat confiscirt das so Gegebene, oder es behält sogar der Empfänger die Bereicherung, „cum in pari causa possessoris conditio melior habeatur“ (l. 2 Cod. IV, 7, l. 8 D. 12, 5). Dieser Gedanke findet bei der condictio ob iniustam causam keine Anwendung,[149]) wie am deutlichsten die gestattete Rückforderung verspielten Geldes zeigt.

3) Die condictio ob turpem caus. setzt turpitudo auf Seiten des Empfängers voraus, während es darauf bei der condictio ob iniust. caus. so wenig ankommt, daß sie selbst dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Empfänger das Geschäft für ein vollkommen erlaubtes und gültiges gehalten hat. Aber wenn er (z. B. der beschenkte Gatte) auch den juristischen Fehler des Geschäftes gekannt hätte, so wird man deshalb noch nicht gleich von turpitudo reden dürfen.

4) Der condictio ob iniustam causam geht in der Regel pa-

---

[148]) Vgl. Reinhard, S. 244. Ueberhaupt findet sich hier (S. 242—249) manches Beachtenswerte über die condictio ob iniustam causam.

[149]) Reinhard, S. 244.

parrallel eine vindicatio; bei der condictio ob turpe nie der Fall. Dies hängt damit zuſammen, daß t turpem caus. wirkſam, die traditio ob iniust. ca (denn die erſtere causa iſt gar nicht eine techniſche „caus Obiger Satz aber iſt doch nicht etwa bloß die Revers teren; denn jener hat größeren Umfang (ſ. oben lit. D

5) Die Verſchiedenheit der genannten Condictionen Quellen äußerlich erſichtlich gemacht. Im Tit. D. 12, von der turpis causa gehandelt (l. 1—5), dann v causa (l. 6, 7) alſo in derſelben Ordnung, wie ſie genannt ſind. Freilich wird in den noch folgenden zwei Fr wieder von der turpis causa geſprochen; aber ma l. 1—7 ſämmtlich der Sabinusmaſſe angehören, die d hangweiſe folgenden zwei leges dagegen den beiden an Wären die beiden condictiones identiſch, ſo wäre die St doch gar zu ſonderbar. Nachdem in l. 1—5 ſchon ziem der condictio ob turpem caus. eingegangen wird (daru len aus Ulpian), fährt l. 6 (von demſelben Ulpian!) petuo Sabinus probavit veterum opinionem exist quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse c sententia etiam Celsus est.“ Im Codex vollends condictio ob turpem caus. im ſiebenten Titel des I der condictio ob iniustam causam im neunten Ti handelt.[150]) — —

Das in dieſem §. Geſagte wird aber hoffentli die Unrichtigkeit jener vielverbreiteten, ja faſt allgemei darzutun, nach welcher die Zulaſſung einer vindicatio trad. causa eigentlich im Widerſpruche ſtünde mit d cipien, auf denen die Condictionenlehre beruht. Denn anderes, als ſolchen Widerſpruch annehmen, wenn nahmen, Singularitäten, lediglich poſitiven Vorſchri tioneller Natur“ ſpricht? —

Wie wenig z. B. Strempel erkannt hat, w Schwerpunkt der ganzen Frage liegt, zeigt der §.

[150]) Vgl. Glück, S. 50; Bangerow, a. a. O.

da ganz kurz einige „Prohibitivgesetze", welche rein positiver Natur seien; also nur die Bedeutung von Ausnahmen haben. Aber selbst als solche seien sie *nicht hier* darzustellen, weil diese gesetzlichen Bestimmungen sich nicht auf den Eigentumsvertrag beschränken (S. 149), sondern auch auf alle sonstigen, namentlich auch obligatorischen Verhältnisse beziehen, wenn sie mit jener causa vorkommen (S. 145). Es wirkt überraschend, wenn man in einem ex professo unseren Gegenstand behandelnden Buche, endlich bei der Hauptsache angelangt, berichtet wird: — sie gehöre nicht her!

Wenn wir nun, statt mit der Aufzählung einzelner Fälle uns zu begnügen, den sie beherrschenden Gedanken aussprechen sollen, so dürfen wir das nicht so tun: „gültige obligatio praecedens" oder „gültige causa," oder: „das Geschäft darf nicht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot zuwider sein"[151]) (s. §. 9), oder: „das Rechtsgeschäft, worauf die Tradition beruht, darf nicht zu den gesetzlich verbotenen gehören",[152]) oder „dieses Geschäft müsse vom Rechte gebilligt sein";[153]) — sondern wir müssen sagen

Die Tradition überträgt das Eigentum nicht, wenn sie ex iniusta causa vorgenommen worden ist. *Von einer iniusta causa traditionis aber ist zu reden, wenn das Recht eine Veräußerung ex hac causa verbietet.*

§. 12.

Rückblick.

Unter iusta causa traditionis verstand man in früheren Zeiten gewöhnlich ein gültiges obligatorisches Rechtsgeschäft, welches einen Anspruch auf Tradition, einen Titel, ein ius ad rem gründet, das

---

[151]) Böcking, Instit, 90.

[152]) Mühlenbruch, II, S. 77.

[153]) Scheurl, Beiträge, I, S. 190 fg. Doch ist dabei nur das „gebilligt" zu beanstanden (vgl. Böcking Instit., 90: „sollte die Tradition auch durch eine unrechtmäßige Absicht veranlaßt sein"), — sachlich steht Scheurl's Ansicht der hier vertretenen am nächsten; denn die „Absicht", von der er redet (anders Böcking), ist offenbar die „causa traditionis" im techn. S., wie der richtigere Zusatz zeigt: „daß das die Tradition in sich schließende Rechtsgeschäft ein gültiges, nicht verbotenes sei."

durch die darauffolgende Tradition (als den Modu
über die Sache (§. 307 a. b. Gb.), an der Sache
wandelt wird. Daß eine iusta causa in diesem S
derniß der Tradition ist, lehrt ein Blick auf die Be
Ebenso unhaltbar ist es, wenn man unter der „causa
eignung gerichteten Consens selbst verstehen will.
fernliegend und gesucht ist diese Erklärung, daß sie nu
liebe Not man mit dieser iusta causa hatte, von
wissen wollte, die aber doch in den Quellen zu deutli
man mit ihr so leichten Kaufes hätte fertig werden
wenn wir auch den räthselhaften Dingen aus dem W
sie lassen sich nicht ignoriren, sondern treten uns im
gegen. In der Tat gehört nicht viel Nachdenken daz
daß in jeder Tradition, wie in einem jeden concreten
haupt ein Zweckmoment stecke, und daß dies die „c

Nun kam aber alles darauf an, wie man diese c
ob als realisirten Zweck, als Geschäft, also object
Willen enthaltenen Zweck, subjectiv. Die Meisten n
objectiv. Da entsteht aber die schwierigere Frage
ist dann „iusta“? Ein Geschäft, bei welchem alles
wo alles secundum ius herging, ein gültiges, rechte
schäft kann nicht gemeint sein, wie kurz vorher
Also bedeutet — dachte man weiter — „iusta“ hier
„rechtsbeständig“, sondern „richtig“, „geeignet“, „zurei
chend — wozu? „Den Uebereignungswillen zu docum
wie (wurde mit Recht eingewendet) kämen die römische
einen Erkenntnißgrund, auf welchen man überdies
gar nicht zu recurriren braucht, als ein Erforderni
aufzuführen?! [154]) — Auf diesem Wege mußte man z
kommen, es sei hier ein Bruch in die Consequenz
macht: im allgemeinen sei die Tradition ein abstracte
werde durch die Mängel der causa nicht berührt, aus
verhalte es sich anders. Dies ist wol jetzt die herrschend
also unter „iniustae causae“ gewisse besonders be

[154]) Exner, S. 328.

versteht, bei denen ausnahmsweise „nicht nur das Behalten, sondern schon das Erhalten der Sache“ vom Rechte vereitelt wird.[155])

Allerdings nun sind die Quellenaussprüche, namentlich die berühmte l. 31, pr. D. 41, 1 darnach angetan, auf diese Fährte den Forschenden zu bringen. Aber wenn wir uns überzeugt haben, daß es eine falsche Fährte ist, insofern sie zu keinem klaren Resultat führt, dürfen jene Aussprüche uns nicht abhalten, einen andern Weg einzuschlagen. Sprechen doch jene Stellen so, daß man bei iusta causa traditionis an ein positives Erforderniß denken sollte, während man doch jetzt mehr und mehr dahin kommt, darin ein negatives Erforderniß zu suchen. Auch zweifelt gar Niemand mehr, daß die „causa praecedens“ für gar viele Fälle nicht der treffende Ausdruck sei. Unter so bewandten Umständen darf man also wol überhaupt den Wortlaut jener Stellen nicht allzusehr urgiren. Auch ist es keineswegs an sich unrichtig, wenn man bei einem furtum, einer verbotenen Schenkung, Intercession u. s. w. von „Mängeln der causa im objectiven Sinne“, von Mängeln des Geschäftes spricht. Aber bei unserer Frage darf man nicht davon sprechen; denn die Tradition ist nicht deshalb ungültig, weil die causa im objectiven Sinne ungültig ist, sondern weil das Recht die causa im subjectiven Sinne nicht gelten läßt, weil der animus bei der Veräußerung ein gesetzwidriger ist. Hier also ist es von entscheidender Wichtigkeit, zu betonen: daß die causa im subjectiven Sinne, der animus, fehlerhaft und dies das Primäre ist, die Mangelhaftigkeit der causa im objectiven Sinne nur das Secundäre. Die causa also ist subjectiv zu fassen. Wie wichtig dies ist, mag ein Beispiel zeigen. Glück (XIII, S. 191) behauptet, daß zur Begründung der condictio sine causa, namentlich auch im Falle der Dosstellung bei ungültiger Ehe (S. 188) erfordert werde, daß die Sache nicht mehr in Natur vorhanden sei; denn bis dahin könne „aus Mangel eines gültigen Rechtstitels“ vindicirt werden. Sein Allegat in N. 17 läßt keinen Zweifel über seinen Gedankengang: bei einer don. int. vir. et uxor. ist vind. möglich; eine Dosbestellung bei einer Scheinehe ist eine ungültige Dosbestellung (causa im objectiven Sinne), gerade wie jene

[155]) Exner, S. 331.

Schenkung ungültig ist; folglich auch hier vindicatio. – causa als animus verstanden und sie auf ihre Bes stracto geprüft, m. a. W. hätte er die causa sub nerisch aufgefaßt, so würde er wol die wesentlich beider Fälle erkannt haben. Daß die causa so zu früher[156]) auch Brinz angenommen (S. 202): „W worin denn die causa der Tradition bestehe, so schei genügen, was diesen zum Aufgeben, jenen zur Ann tums bewegt (solvendi, credendi, donandi causa) . bar hat Paulus . . . in seiner „iusta" causa noch fordert; derartig natürlich bewegende Ursachen könnte nicht die „rechten" sein, z. B. gewisse Liberalitäten. denkt in der iusta causa nicht bloß das „Motiv"[1] lichen Willens, sondern zugleich mit dem Motive d aber in der concreten Fassung einer venditio

Aber auch für uns entsteht nun wieder die F animus ist denn iniustus?" Wollte man dabei an oder Absicht denken, welche in irgend welcher Beziehu oder unsittlich ist, so würde man in Collision mit de condictio ob turpem causam geraten. Man mu gegenwärtig halten, daß wir hier unter „animus" n in seiner Totalität, sondern nur das causale Mom zu verstehen haben, und zwar wieder nicht die Gesan sichten, die eine Handlung hervorbringen, sondern m Zweck, d. h. diejenige Absicht, die dem Geschäfte s Gepräge gibt (z. B. animus ludendi). Ob also di oder iniusta sei, bestimmt sich nicht nach ihrem ethis nicht nach der juristischen Zulässigkeit der Intentio sondern lediglich nach dem abstracten Verhalten Veräußerung oder zum Erwerbe. Sowol dafür, daß di

---

[156]) Später hat er diese Ansicht mit einer anderen, m. vertauscht (s. hier §. 4, a. E.)

[157]) Damit ist offenbar der Zweck gemeint.

[158]) Es ist auffallend, daß Brinz trotzdem an derselbe Ulpian's verwirft, ja sie keiner Widerlegung würdig hält S. 1438).

subjectiv zu nehmen sei, als auch dafür, daß das Prädicat „iusta“ nicht nach der individuellen, sondern nach der generischen Beschaffenheit der causa sich richtet, findet sich ein interessantes Zeugniß in l. 3 §. 1 D. VI, 2 (Ulp.), wo die causa dotis „iustissima causa“ genannt wird. Iniusta causa ist nämlich derjenige animus, in welchem veräußern, bez. erwerben wollen, nicht gestattet ist. Donandi animo seiner Ehefrau geben wollen, ist unstatthaft; intercedendi animo tradiren wollen, ist einer Frau nicht erlaubt; dotis constituendae causa aber veräußern wollen, ist ein „iustissimus“ animus, d. h. einer, der im Allgemeinen nicht nur gegen kein Gesetz verstößt, sondern sogar gewissen Intentionen der Gesetzgebung in einer Begünstigung verdienenden [159]) Weise entgegenkommt (favor dotis!). — Deshalb ist z. B. jede venditio ohne Unterscheidung oder Einschränkung eine „iusta causa“. Mag immerhin das concrete Kaufgeschäft ungültig sein, — gegen den Willen, eine Sache durch Verkauf zu veräußern, ist an sich eben so wenig einzuwenden, als gegen den Willen, kaufweise eine Sache zu erwerben. Mag immerhin die Ehe eine Scheinehe, die Dos eine condicirbare sein, die dotationsweise Veräußerung ist an sich das Gegenteil einer widerrechtlichen Absicht. —

Der sachenrechtliche Uebereignungsvertrag (die Tradition) ist unabhängig von dem Schicksale des sie veranlassenden Geschäftes. Aber wie jeder Vertrag ist er abhängig von der juristischen Gesundheit der Willen, durch deren Einigung er eben entsteht. Und wie er nichtig ist, wenn auch nur einer dieser Willen vom Rechte nicht für voll genommen wird (mangelnde Handlungsfähigkeit), so ist er auch nichtig, wenn einer dieser Willen in dem oben angegebenen Sinne gesetzwidrig ist; denn ein Wille, der das Gesetz nicht respectirt, muß in unseren Fällen es sich gefallen lassen, vom Gesetze auch nicht respectirt zu werden. — —

---

[159]) Besonders bemerkenswert ist dieser favor dotis, wo die Dosbestellung ausdrücklich anderen causae traditionis gegenüber privilegirt wird. So: a) ist die Veräußerung einer res litigiosa nichtig, aus welcher causa immer sie erfolgt sei, ausgenommen die dotis causa und einige wenige andere Fälle (l. 4, Cod. VIII, 37); b) Veräußerung von Erbschaftssachen durch den Fiduciar ist nichtig; ausgenommen, wenn sie dotis causa geschah, freilich mit anderen Beschränkungen (Nov. 39, c. 1, Auth. bei Cod. VI, 43).

In der obigen kritischen Uebersicht der Lehrm
iusta causa traditionis (§. 4) geschah des Buches
Erwähnung; nicht als ob das dort Gesagte kein
diente, sondern deshalb, weil dort — und nur do
sich ausgesprochen findet, welche meines Erachtens die
richtige ist. Wollte man darum vorliegendes Sc
Commentar zu der sogleich mitzuteilenden Stelle a
es gerne zufrieden: überflüssig wenigstens dürfte ein
sein, da die Stelle selbst von solchen Schriftstellern,
unsere Frage ex professo geschrieben haben, gänz
wird. Die Ursache hievon liegt nicht etwa in ei
Dunkelheit ihrer Fassung,[161]) sondern in der Begri
lang hergebrachte Meinungen der richtigeren Erklärun
pflegen. Und so mag dieser Aufsatz mit dem Abdru
den Stelle (§. 145, S. 225) um so lieber geschlo
damit der Hauptinhalt der vorstehenden Erwägungen
zusammengefaßt wird. Sie lautet:

„Dem Willen der Eigentumsübertragung liegt
rechtliche Absicht[162]) zum Grunde, in welcher sie vo
z. B. um zu schenken, oder eine Verbindlichkeit zu e
Verbindlichkeit zu begründen, causa traditionis.[163])
wird nicht übertragen, wenn die Veräußerung der
sem Grunde rechtlich unstatthaft ist;[164]) es ist

[160]) Am weitesten geht dieses Mißverständniß bei Voigt,
curiosum bemerkenswerten N. 53, wo die „rätselhaften Antit
[angeblich] Arndts bewegt", in einer Art mitgetheilt werden,
ferate allerdings Niemand erraten könnte, was Arndts mein
pel hat Arndts nicht verstanden, wie seine Bemerkung auf

[161]) Und soweit eine solche vorhanden ist, wäre eine Ver
Noten n, o, p allegirten Quellenstellen wol geeignet, sie zu b
seren Zweck jedoch und in dem obigen Zusammenhange glaub
druck dieser Noten Umgang nehmen und einige kurze Andeut
auflügen zu dürfen.)

[162]) D. h. nächste Absicht = animus in dem oben (in
bestimmten techn. Sinne.

[163]) Causa = Absicht, also subjective causa.

[164]) Darin liegt ausgedrückt, daß es sich hier um ein sog
Erforderniß handelt.

ditionis erforderlich. Es ist aber weder erforderlich, daß ein Rechtsgrund [165]) der Eigentumsübertragung (d. i. ein rechtlicher Grund, warum diese gewährt werden muß) schon vor der Uebergabe [166]) (außerhalb derselben selbständig bestehend [167])) gegeben sei, noch, daß überhaupt ein solcher [titulus] wirklich bestehe, noch auch, daß die Absicht, in welcher sie geschieht, rechtlich gebilligt [168]) sei."

---

[165]) Rechtsgrund = titulus = Pflicht des Einen zum Tradiren, Anspruch des Andern auf Eigentumsverschaffung (vgl. Unger, II, S. 13, N. 41).

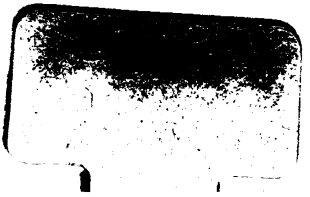
[166]) D. h. es ist keine „causa praecedens" notwendig.

[167]) Damit ist jene Ansicht abgelehnt, welche die causa stets als obligatio denkt. Denn selbst wenn man die causa im objectiven Sinne nimmt, ist dies falsch.

[168]) Die gesammte Willensrichtung kann nach dem individuellen Gehalt des concreten Geschäftes oder wegen der Motive eine unsittliche oder widerrechtliche sein.

Zusatz zu Seite 47.

*) Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als ob hiemit der alten Theorie etwas imputirt würde, woran sie unschuldig sei; auch sie habe gewiß nicht an Detention, sondern an juristischen Besitz gedacht. Hierauf ist zu erwiedern: die Frage, ob Detention, ob Besitz, kam jener Theorie auf diesem Punkte gar nicht zum Bewußtsein, da sie die Tradition lediglich als äußerliches Factum, also von der Seite der Erscheinung, betrachtete. Hunderte Mal werden Depositum, Commodat u. s. w. dem Darlehen, der Schenkung, Zahlung u. s. w. so entgegengesetzt: hier Eigentumserwerb, weil eine causa habilis (iusta), dort kein Eigentumserwerb, weil eine causa inhabilis (iniusta). Daß der Empfänger in den letzteren Fällen Besitzer, in den ersteren bloß Detentor werde, wird nicht betont. Hiemit hängt auch der §. 1462 a. b. G. B. zusammen: „Verpfändete, geliehene, in Verwahrung ... gegebene Sachen können ... aus Mangel eines rechtmäßigen Titels niemals ersessen werden ...." Näher hätte doch gelegen, zu sagen: kein Besitz, also auch keine Ersitzung.

Inhalt.

I. Das Dogma vom titulus und modus adquirendi .
II. Von der iusta causa traditionis . . . .
Literatur . . . . . .
A. Zur Dogmengeschichte . . . . .
§. 1. Die alte Theorie . . . . .
§. 2. Fortsetzung . . . . . .
§. 3. Die Donellus-Savigny'sche Theorie . .
§. 4. Der gegenwärtige Stand der Lehre . .
§. 5. Die neuesten Behandlungen . . .
B. Entwicklung der eigenen Ansicht . . . .
§. 6. Einteilung der Rechtsgeschäfte . .
§. 7. Error in causa traditionis . . .
§. 8. Zweck und Beweggrund . . . .
§. 9. Iniusta tr. c. und Veräußerungsverbot .
§. 10. Die iniustae causae . . . .
§. 11. Verhältniß der Vindication zu den Condictio
§. 12. Rückblick . . . . . .